sui generis

BJEKTIVEN

Kritik der objektiven Zurechnung

Nicolas Leu

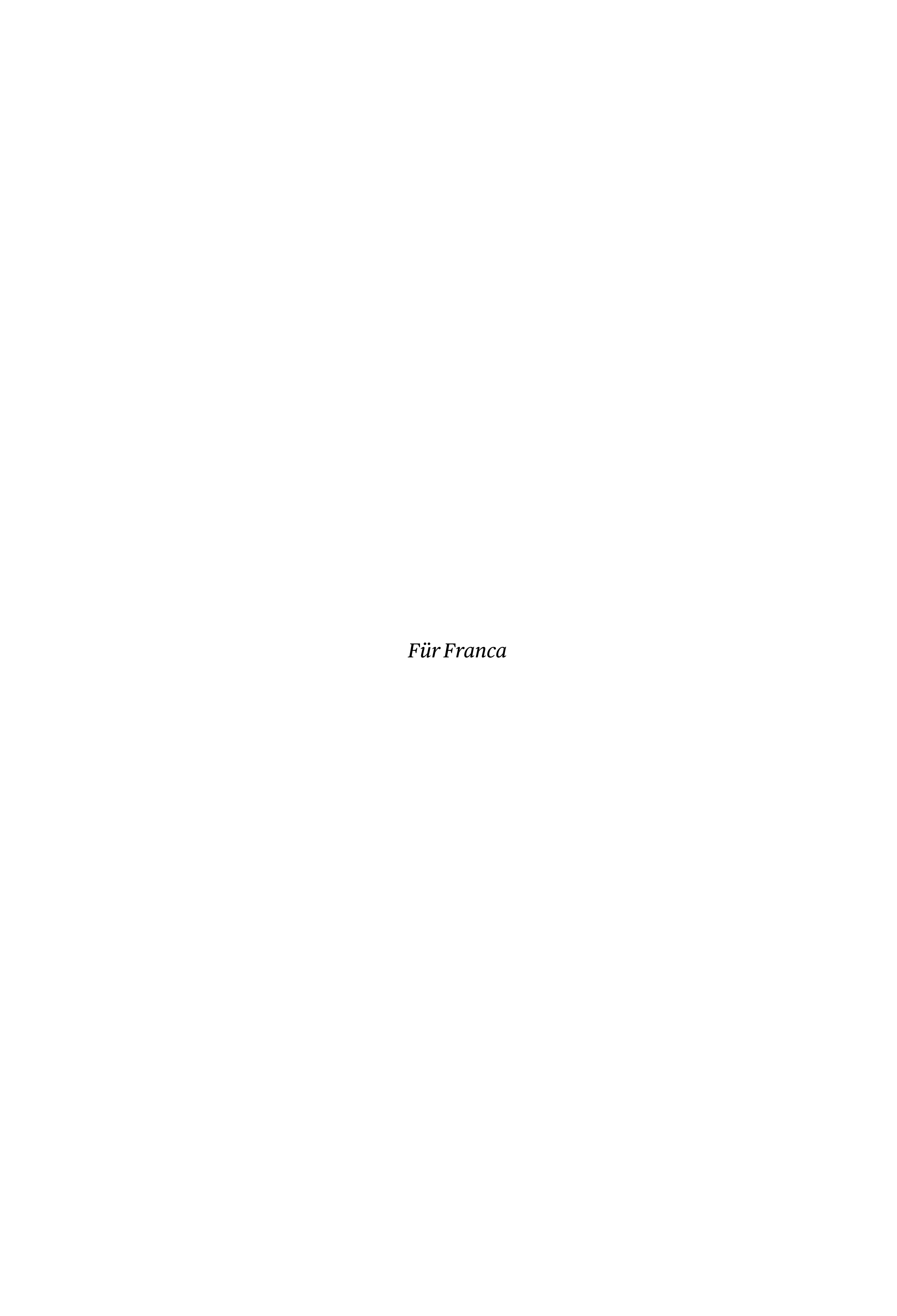
Hinweise zur digitalen Fassung dieses Buches:

- Die digitale Fassung (Open Access) ist sowohl auf der Webseite des Verlags (www.suigeneris-verlag.ch), auf Google Books als auch direkt über den Digital Object Identifier (DOI) zugänglich. Der DOI zum vorliegenden Buch ist im Impressum angegeben.
- Sämtliche Gesetzesartikel sowie alle frei zugänglichen Gerichtsurteile und Behördenentscheidungen sind in der digitalen Fassung verlinkt.
- Häufig verwenden die AutorInnen in ihrem Manuskript Links auf weitere Quellen. Diese werden in den Büchern nicht abgedruckt, aber in der digitalen Fassung den entsprechenden Textstellen hinterlegt.
- Für die Verlinkung werden Permalinks eingesetzt. Es handelt sich dabei um Links auf eine archivierte Version der Webseiten im Zeitpunkt der Linksetzung. Die Links sind beständig, d.h. sie funktionieren auch dann noch, wenn die Originalseite nicht mehr zugänglich ist und ihr Inhalt ändert nicht, wenn sich die Originalseite ändert.

Nicolas Leu

Kritik der objektiven Zurechnung

sui generis, Zürich 2022



Für Franca

Vorwort

Zuerst möchte ich mich bei meiner Doktormutter Prof. Marianne Johanna Lehmkuhl bedanken, die meine Dissertation betreut und mir damit ermöglicht hat, mich diesem grossen und herausfordernden Thema zu widmen. Ich bedanke mich für das Vertrauen, das mir Prof. Lehmkuhl entgegengebracht hat, und für die Freiheit, dass ich mich auch ausführlich mit Problemen auseinandersetzen konnte, die einiges ausserhalb des Kernthemas lagen. Bei jeder einzelnen Besprechung hat Prof. Lehmkuhl mich auf sehr wohlwollende Art angespornt und ermuntert, sodass ich stets die Motivation fand weiterzumachen, obwohl ich bisweilen Zweifel hatte, ob die vor mir liegende Arbeit tatsächlich zu bewältigen war.

Ganz herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Martino Mona, der nicht nur ein besonders umfangreiches Zweitgutachten verfasst hat, sondern wohl auch *der* Grund ist, weshalb ich überhaupt eine Dissertation verfasst habe. Meine Leidenschaft für Strafrechtsdogmatik habe ich vor allem Prof. Mona zu verdanken, der bei mir während des Studiums die Freude am Strafrecht und am wissenschaftlichen Arbeiten geweckt und mich gefördert hat.

Bei Prof. Christopher Geth, Prof. Jonas Weber, Prof. Anna Coninx und Prof. Stefan Maeder war ich als wissenschaftlicher Assistent oder wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig, währenddem ich die Dissertation verfasst habe. Ich bedanke mich für die wertvollen Erfahrungen, die ich machen konnte, und für die Unterstützung, die ich erfahren habe.

Bedanken möchte ich mich ausserdem bei Prof. Gerhard Seher, dessen bislang unveröffentlichte Habilitationsschrift mir neue Blickwinkel eröffnete und so zu einem wesentlich besseren Verständnis der Materie beitrug.

Meiner lieben Cousine Fiona Leu danke ich für das Gegenlesen des Manuskripts und für die wertvollen Hinweise und Anmerkungen. Besonders bedanken möchte ich mich an dieser Stelle auch bei Prof. Maeder, der das Manuskript ebenfalls kritisch gelesen und mir hilfreiche Rückmeldungen gegeben hat.

Bedanken möchte ich mich ausserdem bei den Mitarbeitenden der Juristischen Bibliothek Bern und der Juristischen Forschungsbibliothek, denn ohne die dort ausgeliehenen Bücher (und die immer und immer wieder verlängerten Ausleihen) hätte ich diese Dissertation nicht schreiben können. Ferner möchte ich mich bei Simone Walser bedanken, die die Publikation dieser Dissertation seitens des sui generis Verlags begleitet und ermöglicht hat. Bedanken möchte ich mich auch bei Christoph Meyer für das Lektorat, sowie bei Beat Müller und Maxim Staehelin für die Satzerfassung.

Ich bin mir auch bewusst, dass ich die vorliegende Dissertation nur schreiben konnte, weil mir andere Menschen dies ermöglicht haben. Besonders bedanken möchte ich mich daher auch bei meinen Eltern, Katharina und Heinz Leu, die mich stets liebevoll unterstützt haben. Ebenfalls bedanken möchte ich mich insbesondere auch bei Christine Binggeli und Michael Scheidegger, Franca Scheidegger und Rolf Stauffer sowie bei allen anderen Personen, die sich an der Betreuung meiner Tochter beteiligt haben.

Mein grösster Dank gilt schliesslich Nora Scheidegger, die mehr als jede andere Person zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen hat. Sie ist eine äusserst kluge Person und brilliante Strafrechtswissenschaftlerin, von der ich sehr viel gelernt habe – nicht nur in strafrechtlicher Hinsicht. Sie hat ausserdem über zwei Jahre lang den Grossteil der Betreuung unserer gemeinsamen Tochter übernommen, damit ich an der vorliegenden Dissertation schreiben konnte, und tut dies auch heute noch.

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern als Dissertation angenommen. Die vorliegende Fassung wurde im Hinblick auf die Publikation noch punktuell überarbeitet.[1]

Bern, August 2022
Nicolas Leu

1 Nicht mehr eingearbeitet werden konnte jedoch die Dissertation von *Pepe Schladitz* über die normtheoretischen Grundlagen der objektiven Zurechnung (*Schladitz,* Normtheoretische Grundlagen), die sich zu grossen Teilen mit Fragestellungen befasst, die weit ausserhalb der Lehre der objektiven Zurechnung liegen – was ich nur zu gut nachvollziehen kann. Eine eingehende Auseinandersetzung mit diesem Werk hätte die Publikation der vorliegenden Dissertation abermals erheblich verzögert und musste deshalb ausbleiben.

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AK	Annotierter Kommentar
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (Betäubungsmittelgesetz), SR 812.121
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CP	Code pénal
CR	Commentaire romand
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
E.	Erwägung

etc.	et cetera
f./ff.	und folgende
Fn.	Fussnote
fp	forumpoenale (Bern)
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Heidelberg)
GerS	Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozessrecht sowie die ergänzenden Disziplinen (Stuttgart)
GK	Grundkurs
GS	Gedächnisschrift
h	Stunde
HIV	Human Immunodeficiency Virus
HK	Handkommentar
HK GS	Handkommentar Gesamtes Strafrecht
HRRS	Onlinezeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (www.hrr-strafrecht.de)
Hrsg.	Herausgeber:in
hrsg.	herausgegeben
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (München/Frankfurt am Main)
JR	Juristische Rundschau (Berlin)
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik (Berlin)
Jura	Juristische Ausbildung (Berlin)
JuS	Juristische Schulung (München/Frankfurt am Main)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LK	Leipziger Kommentar
LPK	Lehr- und Praxiskommentar
MK	Münchener Kommentar
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note, Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München/Frankfurt am Main)
NK	Nomos Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OGer	Obergericht
OLG	Oberlandesgericht

OR	Bundesgesetz die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
öStGB	österreichisches Strafgesetzbuch
PK	Praxiskommentar
plädoyer	plädoyer, Magazin für Recht und Politik (Zürich)
recht	recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
SB	Sammelband
S/S	Schönke/Schröder
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SK	Systematischer Kommentar
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von
VDA	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts
Verw.	Verweis
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VTS	Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995, SR 741.41
VWPh	Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie (Leipzig)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (München)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Wien)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (www.zis-online.com)
zit.	Zitiert
ZJS	Zeitschrift für das juristische Studium (www.zjs-online.com)
ZphF	Zeitschrift für philosophische Forschung (Frankfurt am Main)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)

Einleitung

Das Bedürfnis nach einer «Korrektur» der Uferlosigkeit der Äquivalenztheorie ist allgemein anerkannt.[2] In der deutschsprachigen Strafrechtsliteratur hat sich deshalb die Auffassung durchgesetzt, dass bei Erfolgsdelikten neben der Feststellung des Kausalzusammenhanges auch die objektive Zurechnung zu prüfen ist. Auch in der Schweiz hat die Lehre von der objektiven Zurechnung mittlerweile Eingang in Literatur und Rechtsprechung gefunden. Dennoch besteht der Eindruck, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung in der schweizerischen Strafrechtswissenschaft noch nicht so wirklich angekommen ist.[3] So ist etwa in der neusten Auflage des Lehrbuchs von *Trechsel, Noll* und *Pieth* zu lesen, dass die «neuere Lehre» die «adäquate Kausalität in den weiteren Kontext der ‹objektiven Zurechnung›» stelle.[4] Angesichts dessen, dass *Stratenwerth* die objektive Zurechnung bereits vor knapp 40 Jahren in der ersten Auflage seines Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des schweizerischen Strafrechts behandelt hat,[5] verwundert es, dass die objektive Zurechnung bisweilen als etwas dargestellt wird, was (nur) von der neueren Lehre vertreten wird. Doch auch in der Rechtsprechung scheinen gewisse Unsicherheiten hinsichtlich der Lehre von der objektiven Zurechnung zu bestehen, was sich etwa daran zeigt, dass das Bundesgericht teilweise Schwierigkeiten damit hat, die Grundvoraussetzungen der objektiven Zurechnung richtig wiederzugeben.[6]

2 MK[3]-*Freund,* vor §13 N. 351; *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 1; *ders.,* LPK, vor §13 N. 101; *Krey/Esser,* AT[6], N. 325; *Kühl,* AT[8], §4 N. 36; *Murmann,* GK[5], §23 N. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 258.

3 Vgl. aber *Riklin,* AT[3], §13 N. 41; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88.

4 *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 84; ferner *Seelmann/Geth*[6], N. 139, die im Zusammenhang mit dem Irrtum über den Kausalverlauf darauf hinweisen, dass die sog. *dolus generalis*-Fälle mit der neueren Lehre als Problematik der objektiven Zurechnung eingeordnet werden können (ebenso *Geth*[7], N. 139).

5 *Stratenwerth,* AT I[1], §9 N. 17; vgl. aber *ders.,* AT I[4], §9 N. 29, wo von der «neuere[n] Lehre von der objektiven Zurechnung» die Rede ist. Zu beachten ist allerdings, dass die von Stratenwerth verwendete Wendung nicht zwingend dahingehend zu verstehen ist, dass die objektive Zurechnung nur von der neueren Lehre vertreten werde. Zur ursprünglichen und «neueren» Lehre der objektiven Zurechnung unten, N. 96 ff. und N. 133 ff.

6 Siehe etwa Urteil des BGer vom 22. Mai 2019, 6B_644/2018 E. 1.5.4; Urteil des BGer vom 24. März 2014, 6B_885/2013 E. 2.6; Urteil des BGer vom 6. Mai 2013 6B_461/2012 E. 5.4; Urteil des BGer vom 14. März 2011, 6B_365/2010 E. 2.1; Urteil des BGer vom 2. September 2009, 6B_231/2009 E. 4.4.1, in denen zwar von objektiver Zurechnung die Rede ist, dann aber Kriterien benannt werden, anhand deren lediglich die Kausalität bestimmt werden kann.

Dass im Zusammenhang mit der objektiven Zurechnung Unsicherheiten bestehen, ist jedoch keineswegs überraschend. Die in den deutschsprachigen Strafrechtswissenschaften geführte Diskussion um die Lehre von der objektiven Zurechnung hat eine fast unüberschaubare Menge an Beiträgen hervorgebracht,[7] die bis anhin nicht zu einem gesicherten Meinungsstand geführt haben.[8] Zwar besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung auf eine Art Grundformel zurückgeführt werden kann, nach der einer Person ein verursachter Erfolg nur dann objektiv zugerechnet werden kann, wenn sie ein missbilligtes Risiko geschaffen hat und sich ebendieses Risiko auch im konkreten Erfolg niedergeschlagen hat.[9] Hinter dieser Grundformel verbirgt sich aber eine Vielzahl von Zurechnungsgesichtspunkten, die auf ganz unterschiedlichen dogmatischen und kriminalpolitischen Erwägungen beruhen.[10] Aufgrund der vielen terminologischen, inhaltlichen und systematischen abweichenden Darstellungen hat *Goeckenjan* in ihrer Habilitationsschrift über die «Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung» zu Recht die Frage aufgeworfen, ob überhaupt noch von *der* Lehre von der objektiven Zurechnung gesprochen werden kann.[11]

Aufgrund der kaum überschaubaren Dimension, die die Diskussion um die Lehre von der objektiven Zurechnung angenommen hat, erscheint eine monographische Aufarbeitung als kaum zu bewältigendes Unterfangen.[12] Dies hat dazu geführt, dass sich Beiträge zur Lehre von der objektiven Zurechnung

---

7 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 5 spricht von einer «fast unüberschaubaren Materialfülle».

8 *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 14; ferner S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N 90; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 1; HK GS[4]-*Heinrich,* vor § 13 N. 78; *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 104; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 42.

9 Vgl. *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 116; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 351 *Bock,* AT, 136; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88; S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 92; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 156; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 66; *Frister,* AT[8], 10/4; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130; *Gropp,* AT[4], 4/87; HK GS[4]-*Heinrich,* vor § 13 N. 85; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 96; *ders.,* Zurechnung und Rechtfertigung, 7; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 85; *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 5; (kritisch *ders.,* LPK[7], vor § 13 N. 103); *Krey/Esser,* AT[6], N. 332; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 43; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 13/14; *Maurach/Zipf,* AT I[8], § 18 N. 49; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 31; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 46; *Reyes,* ZStW 105 (1993), 130; *Rotsch,* FS Roxin, 390; *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 47; SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57; *K. Schumann,* Jura 2008, 408; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 261.

10 Vgl. dazu *Schünemann,* GA 1999, 207; *Gössel,* GA 2015, 22.

11 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 1.

12 So *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 5, die sich daher darauf beschränkt, die Bedeutung der Zurechnungsgesichtspunkte der Risikoverringerung, der fehlenden Risikoschaffung sowie des erlaubten Risikos beim Vorsatzdelikt zu untersuchen.

oft lediglich auf ganz spezifische Zurechnungsgesichtspunkte beziehen.[13] Dieses Vorgehen hat zwar den Vorteil, dass der ausgewählte Forschungsgegenstand umfassend und vertieft untersucht werden kann. Weil dadurch aber immer neue eigene Lösungen entwickelt und Anwendungsbereiche erschlossen werden, besteht jedoch auch die Gefahr, dass bei dieser Fokussierung auf ganz bestimmte Zurechnungsgesichtspunkte letztlich der Blick für das Grosse und Ganze verloren geht.

Um zu vermeiden, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung zur «Rumpelkammer» der Strafrechtsdogmatik verkommt,[14] in der bis anhin gewonnene strafrechtsdogmatische Erkenntnisse wieder verlorenzugehen drohen,[15] erscheint es notwendig, die Lehre von der objektiven Zurechnung gründlich zu entrümpeln.[16] Dementsprechend besteht das *Forschungsziel* der vorliegenden Arbeit darin, die *Lehre von der objektiven Zurechnung kritisch zu überprüfen und zu systematisieren*. Das heisst, dass sämtliche unter dem Schirm der objektiven Zurechnung diskutierten Zurechnungsgesichtspunkte auf ihre Berechtigung hin untersucht und gegebenenfalls an der systematisch richtigen Stelle eingeordnet werden sollen.

Diese Arbeit kann nicht alleine mit Blick auf die Lehre von der objektiven Zurechnung geleistet werden, sondern setzt voraus, dass auch angrenzende Bereiche, wie etwa die Fahrlässigkeitsdogmatik und die Beteiligungsformenlehren sowie die Grundlagen des Straftatsystems in die Betrachtung miteinbezogen werden. Es dürfte sich aber von selbst verstehen, dass die hierfür erforderliche Aufarbeitung dieser Bereiche im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht *dargestellt* werden kann, zumal bereits eine umfassende Darstellung der zu der Lehre von der objektiven Zurechnung vertretenen Positionen den Rahmen sprengt.[17] Die nachfolgende Arbeit verzichtet daher darauf, wie üblich den «Gang der Untersuchung» abzubilden. Stattdessen wird eine

13 Als Beispiel sei hier etwa auf die Monographien verwiesen, die sich spezifisch mit den Zurechnungsgesichtspunkten der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung auseinandersetzen: *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft; *Derksen,* Handeln auf eigene Gefahr; *Fiedler,* Fremdgefährdung; *A. Huber,* Selbstgefährdung des Verletzten; *R. Huber,* Bedeutung der Selbstgefährdung; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung; *Lotz,* Fremdschädigung; *Matthes-Wegfraß,* Eigenverantwortung und Mitverantwortung; *Menrath,* Einwilligung in das Risiko; *Murmann,* Selbstverantwortung; *Walther;* Eigenverantwortlichkeit; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, jeweils *passim*.

14 *Hilgendorf,* FS Weber, 44 bezeichnet die Lehre der objektiven Zurechnung als «eine Art Rumpelkammer für ungelöste Tatbestands- und Rechtfertigungsprobleme».

15 *Vormbaum,* Strafrechtsgeschichte[4], 242.

16 Zu diesem Schluss gelangt auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 303.

17 Vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 5.

Darstellungsform gewählt, die sich nach der Frage richtet, welche Informationen für die lesende Person und für ihr Verständnis der behandelten Probleme und Fragestellungen relevant sind.[18]

Aus diesem Grund beginnt die Arbeit mit einem kurzen Überblick über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung (§ 1), in dessen Rahmen einerseits die Grundlinien der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung und andererseits die wichtigsten Kritikpunkte nachgezeichnet werden sollen. Daran schliesst die Darstellung der Entwicklung der objektiven Zurechnung an (§ 2), bei der ein besonderes Augenmerk darauf gelegt wird, die wichtigsten Entwicklungsschritte in den Kontext zur jeweils vorherrschenden Verbrechenslehre zu stellen. Ausgehend davon wird schliesslich die Untersuchung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte in Angriff genommen (§ 3). Diese Untersuchung orientiert sich hinsichtlich der Gliederung an der von *Roxin* vertretenen Fassung der Lehre von der objektiven Zurechnung,[19] womit freilich noch keine inhaltliche Stellungnahme über die Richtigkeit oder Sinnhaftigkeit dieser Gliederung abgegeben werden soll.

Obwohl diese Arbeit das Ziel einer möglichst umfassenden Überprüfung der Lehre von der objektiven Zurechnung verfolgt, können nicht sämtliche Fragen und Probleme geklärt werden. Es gilt daher auf drei Einschränkungen hinzuweisen: Die erste Einschränkung besteht darin, dass in der vorliegenden Arbeit in erster Linie die objektive Zurechnung beim Begehungsdelikt untersucht wird, wohingegen die Besonderheiten des Unterlassungsdelikts nur am Rande berücksichtigt werden. Die zweite Einschränkung besteht darin, dass gewissen ganz spezifischen Fallgestaltungen, wie etwa Fällen von Schockschäden, keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird.[20] Die letzte Einschränkung besteht schliesslich darin, dass die Einwilligungsdogmatik nicht umfassend beleuchtet wird. Diese Einschränkung mag erstaunen, weil die Einwilligung von der (noch) herrschenden Meinung als Rechtfertigungsgrund angesehen wird[21] und somit ohnehin nicht zur objektiven Zurechnung zu zählen wäre. Unter den Vertreter:innen der Gegenauffassung, wonach die Einwilligung bereits die Tatbestandsmässigkeit ausschliesse,[22] finden sich aber einige Stimmen, die die Einwilligung systematisch bei der objektiven

18 Dies bedeutet freilich nicht zwingend, dass die Relevanz bestimmter Informationen stets unmittelbar einsichtig ist.

19 *Roxin,* AT I^{4}, § 11 N. 44 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^{5}, § 11 N. 44 ff.).

20 Diesbezüglich sei verwiesen auf *Vogler,* Schockschaden im Strafrecht, *passim.*

21 Anstelle vieler *Stratenwerth,* AT I^{4}, § 10 N. 4 ff. und *Kühl,* AT^{8}, § 9 N. 20 ff.

22 Vgl. *Seelmann/Geth*^{6}, N. 117 ff. (ebenso *Geth*^{7}, N. 117 ff.); *Roxin/Greco,* AT I^{5}, § 13 N. 12 ff. m.w.N.

Zurechnung einordnen.[23] Insofern bestünde also durchaus Anlass, auch die Einwilligung näher als Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung zu untersuchen. Obwohl eine solche Untersuchung durchaus wünschenswert wäre, kann sie an dieser Stelle nicht geleistet werden. Dies ist unbefriedigend, weil bei denjenigen Zurechnungsgesichtspunkten, bei denen die Eigenverantwortlichkeit des Opfers über den Ausschluss der Zurechnung entscheiden soll, teilweise die Einwilligungskriterien für massgeblich erklärt werden.[24] Angesichts dessen, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung von *Scheidegger* vor nicht allzu langer Zeit umfassend untersucht wurden und es den dort gewonnenen Erkenntnissen kaum etwas hinzuzufügen gibt, erscheint mir der Verzicht auf eine selbstständige Aufarbeitung der Einwilligungskriterien als hinnehmbar. Fragen, die die Einwilligungskriterien betreffen, werden im vorliegenden Werk lediglich aus der Vogelperspektive behandelt. Für die Detailansicht sei hingegen auf die Dissertation von *Scheidegger* verwiesen.[25]

Schliesslich noch eine Bemerkung zur Sprache: Ich habe versucht, wenn möglich geschlechterneutrale Formulierungen zu verwenden. Wo dies nicht möglich oder zu umständlich war, habe ich in der Regel den Genderdoppelpunkt in Verbindung mit dem generischen Feminin verwendet.[26]

23 *Jäger,* Zurechnung und Rechtfertigung, 22 f.; *Roxin,* FS Amelung, 273; *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 48; differenzierend *Jakobs,* AT^2, 7/111 ff. und 14/1 ff.

24 Dazu unten N. 461, N. 467 sowie N. 470 ff.

25 *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 56 ff. m.w.N.

26 Ich bedanke mich bei *Luise F. Pusch* für den anregenden Austausch, der mich zu dieser Entscheidung bewogen hat.

§1 Der gegenwärtige Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung

I. Die Grundlinien der Lehre von der objektiven Zurechnung

A. Begriff und Funktion der objektiven Zurechnung

1. Objektive Zurechnung als Erfolgszurechnung?

1 *Prima facie* wird heute unter dem Begriff der objektiven Zurechnung überwiegend eine normative Lehre der *Erfolgszurechnung* verstanden.[27] Thema der Lehre von der objektiven Zurechnung ist demnach der rechtliche Zusammenhang zwischen der Handlung und dem Taterfolg.[28] In Teilen der Literatur wird die Lehre von der objektiven Zurechnung explizit als Lehre der Erfolgszurechnung bezeichnet.[29] Ansonsten deuten immerhin die Grundformel oder andere Ausführungen an, dass es um die Zurechnung des Erfolges geht.[30] Gerade in der deutschen Lehrbuchliteratur findet sich sodann häufig die Wendung, dass bei der objektiven Zurechnung danach zu fragen sei, ob der eingetretene Erfolg der beschuldigten Person als *ihr Werk* zuzurechnen sei.[31]

2 Indem diese Wendung auf die Verknüpfung des Subjekts mit den in der Aussenwelt auftretenden Folgen hindeutet, lässt sie auch zu, die objektive Zurechnung auch als normativistische Fassung einer Handlungszurechnung

---

27 Siehe dazu *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 123 ff.

28 *Jäger,* AT[8], §2 N. 31; *Kindhäuser,* AT[8], §10 N. 1 ff.

29 *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 351; *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 568 f.; *Freund,* AT[2], §2 N. 72 ff.; *Freund/Rostalski,* AT[3], §2 N. 82 ff.; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 57; *ders.,* FS Roxin, 213; *ders.,* GA 2003, 728; *ders.,* JuS 2011, 205 (vgl. aber *ders.,* GA 2018, 571); *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 123 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 30; *Riklin,* AT[3], §13 N. 41; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 256; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 52, 70 ferner *Jakobs,* AT[2], 7/29; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 278.

30 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 66; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 156; *Frister,* AT[8], 10/1 ff.; SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 96 *Kaspar,* AT[2], §5 N. 85; *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 5; *Krey/Esser,* AT[6], N. 332; *Rengier,* AT[11], §13 N. 46 ff.

31 *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 257; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 56; *Frister,* AT[8], 10/1; *Rengier,* AT[11], §13 N. 48; ähnlich auch *Eisele/Heinrich,* AT, N. 154; vgl. auch *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88.

zu begreifen.[32] Eine solche Deutung der objektiven Zurechnung setzt indes einen «starken» Handlungsbegriff voraus, der die Handlungsfolgen in die Handlung miteinschliesst.[33] Das Verständnis der objektiven Zurechnung als eigenständige Erfolgszurechnung setzt hingegen die Annahme eines «schwachen» Handlungsbegriffes voraus, bei dem die sich in der Aussenwelt entfaltenden Handlungsfolgen gerade nicht bereits zur Handlung selbst gehören.[34] Der Zurechnungsgegenstand der objektiven Zurechnung kann daher letztlich nicht unabhängig vom jeweils vertretenen Handlungsbegriff bestimmt werden.

2. Die Funktion der objektiven Zurechnung

a. Verhältnis der objektiven Zurechnung zum Kausalitätsurteil

3 Bereits *Honig* hatte im Jahr 1930 die objektive Zurechnung klar von der ontologischen Feststellung des Kausalzusammenhanges unterschieden und in ihr ein eigenständiges axiologisches Urteil über die rechtliche Relevanz des Kausalzusammenhanges gesehen.[35] An dieser Einsicht halten auch die heutigen Vertreter:innen der neueren Lehre von der objektiven Zurechnung weitestgehend fest.[36] Kausalität und objektive Zurechnung werden demnach heute als zwei separate Urteile verstanden: Das Urteil über das Vorliegen eines natürlichen Kausalzusammenhanges lässt sich nicht anhand rechtlicher Massstäbe, sondern nur anhand naturwissenschaftlicher Messungen fällen. Diese empirische Feststellung kann keine Auskunft darüber geben, ob ein Kausalzusammenhang rechtserheblich ist oder nicht.[37] Dazu ist ein zweites eigenständiges Urteil erforderlich, bei dem der zuvor festgestellte Kausalzusammenhang an rechtlichen Massstäben gemessen wird.[38] Dieses wertende Urteil kann seinerseits keinen Einfluss auf das vorangegangene Urteil über das Vorliegen eines Kausalzusammenhanges haben: Ein bestehender Kausalzusammenhang kann nicht durch normative Wertungen aufgehoben werden.[39]

32 In diese Richtung *Roxin,* GS-Radbruch, 262 ff.; *ders.,* FS Honig, 145; *ders.,* AT I[4], §11 N. 51 ähnlich auch *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 78 f.

33 Siehe *Roxin,* AT I[4], §11 N. 51, der zwischen Tötungshandlung und Tötungsversuchshandlung unterscheidet; ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 51.

34 *Seher,* FS Frisch, 212.

35 *Honig,* FS Frank, 175 ff.

36 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 1 und N. 44 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 30; *Riklin,* AT[3], §13 N. 41; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 256 ff.

37 *Honig,* FS Frank, 178 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 225; *Kühl,* AT[8], §4 N. 36 f.

38 *Honig,* FS-Frank, 179; *Gropp,* AT[4], §4 N. 85; *Murmann,* GK[5], §23 N. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 225; vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/4b.

39 *Honig,* FS-Frank, 179, wonach «über die Kausalität kein Wort mehr zu verlieren» ist, sobald die Ursächlichkeit einer Handlung für den Erfolg erstellt ist. Vgl. auch *Seelmann/Geth*[6], N. 109 (ebenso *Geth*[7], N. 109).

Diese an sich klare Trennung zwischen den kategorial unterschiedlichen Kriterien wird in der Literatur je nach Werk mehr oder weniger deutlich dargestellt. Weniger deutlich zum Ausdruck kommt die Unterscheidung – zumindest auf den ersten Blick – bei denjenigen Autor:innen, die die Feststellung des Kausalzusammenhanges und die objektive Zurechnung unter dem Oberbegriff der Erfolgszurechnung oder gar der «objektiven Zurechnung» zusammenfassen.[40] Letzteres trifft etwa auf die Darstellungen der objektiven Zurechnung bei *Roxin* und *Jakobs* zu. Im Gegensatz zu den Adäquanztheorien des frühen 20. Jahrhunderts, die die rechtliche Bewertung des Kausalzusammenhanges noch dem Begriff der Kausalität unterstellt haben, wird der Unterschied zwischen der Feststellung und der rechtlichen Bewertung des Kausalzusammenhanges aber bei dieser durchaus verbreiteten Darstellungsform letztlich nicht verschwiegen. Die Wahl des Oberbegriffes mag zwar insofern missverständlich erscheinen, als sich aus ihm noch nicht die Notwendigkeit der Trennung der beiden wesensverschiedenen Prüfschritte ergibt. Sie ist aber in aller Regel keineswegs als Widerspruch zu dieser Unterscheidung zu lesen. Denn selbst bei denjenigen Autor:innen, die die Kausalität in den Oberbegriff der Erfolgszurechnung oder aber der «objektiven Zurechnung» einschliessen, findet innerhalb des Begriffes eine klare Trennung zwischen der ontologischen Feststellung des Kausalzusammenhanges und dessen normativer Bewertung statt.[41] 4

Gerade in der schweizerischen Lehrbuchliteratur wird der Unterschied zwischen der Kausalität und der objektiven Zurechnung sodann teilweise dadurch verwischt, dass zwischen der Kausalität und der objektiven Zurechnung vielfach unter dem Titel der «adäquaten Kausalität» noch die Adäquanztheorie des Bundesgerichtes erörtert wird.[42] Zwar wird dabei nicht unterschlagen, dass es bei der «adäquaten Kausalität» um eine normative Bewertung des natürlichen Kausalzusammenhanges geht.[43] Der kategoriale Unterschied zwischen Feststellung und Bewertung des Kausalzusammenhanges bleibt damit aber im Dunkeln, sofern keine hinreichend deutliche Klarstellung erfolgt.[44] 5

40 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 1 ff. (übereinstimmend *Roxin*/Greco, AT I[5], § 11 N. 1 ff. und N. 44 ff.); *Jakobs,* AT[2], 7/4b ff.

41 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 1 f. und N. 44 ff. (übereinstimmend *Roxin*/Greco, AT I[5], § 11 N. 1 ff.); *Jakobs,* AT[2], 7/4b und 7/35 ff.

42 Vgl. *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 25 ff.; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 84 und *Hurtado Pozo,* N. 505 ff., der den kategorialen Unterschied zwischen Feststellung und Bewertung des Kausalzusammenhanges aber am Ende der Ausführungen zur «Théorie de la causalité adéquate» erörtert. Ähnlich auch *Riklin,* AT[3], § 13 N. 33 ff.

43 *Hurtado Pozo,* N. 508 und N. 510 f.; *Geth*[7], N. 107 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], N. 25; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 84.

44 Siehe die Klarstellung bei *Hurtado Pozo,* N. 510 f. und *Riklin,* AT[3], § 13 N. 36. Deutlich gegen das Verständnis der Adäquanztheorie als Kausalitätstheorie auch *Seelmann/Geth*[6], N. 109 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 109).

Diese Form der Darstellung dürfte in erster Linie ein Zugeständnis an die Rechtsprechung des Bundesgerichtes sein,[45] das den an sich längst überholten Begriff der «adäquaten Kausalität» nach wie vor verwendet.[46] Deswegen ist darin nicht zwingend eine Ablehnung der Trennung zwischen Kausalität und objektiver Zurechnung zu sehen. Weil und soweit die objektive Zurechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zunehmend Anerkennung findet, ist zu erwarten, dass die Bedeutung der Adäquanztheorie abnehmen und damit auch der Begriff der «adäquaten Kausalität» aus der Rechtsprechung und Literatur verschwinden wird.[47]

b. Objektive Zurechnung als Korrektiv für die ausufernde Äquivalenztheorie?

6 Nach dem heute vorherrschenden Verständnis dient die Lehre von der objektiven Zurechnung als Korrektiv des nach der Äquivalenztheorie zu weit gefassten Begriffs der Kausalität.[48] Weil nach der Äquivalenztheorie (oder aber der Theorie der gesetzmässigen Bedingung)[49] alle notwendigen Bedingungen gleichermassen als Ursache des Erfolgs anzusehen sind, könne die Kausalität lediglich die «äusserste Grenze der strafrechtlichen Haftung» festlegen.[50] Das an die Feststellung der Kausalität anschliessende Urteil über die objektive Zurechnung soll daher aus der kaum zu überblickenden Vielzahl an Ursachen diejenigen herausfiltern, die unter wertenden Gesichtspunkten rechtlich relevant erscheinen.[51] Das Verständnis der objektiven Zurechnung als Korrektiv, das eine Eingrenzung der strafrechtlichen Haftung bezweckt, widerspiegelt sich insbesondere in der Ausgestaltung der einzelnen

45 Für diese Annahme spricht etwa der Vergleich zwischen der schweizerischen und der deutschen Fassung des von *Stratenwerth* begründeten Lehrbuchs zum allgemeinen Teil. Im schweizerischen Lehrbuch wird die Adäquanz unter dem Titel «adäquate Kausalität» behandelt (*Stratenwerth,* AT I[4], §9 N. 25), während die entsprechenden Ausführungen im deutschen Lehrbuch mit «Adäquanztheorie» betitelt sind (*Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 21).

46 Vgl. etwa BGE 120 IV 300 E. 3e; Urteil des BGer vom 28. April 2006 6S.482/2005 E 3.1; dazu auch *Geth*[7], N. 107; *Stratenwerth,* AT I[4], §9 N. 25 ff. je m.w.N.

47 Bei *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88 ff. und 105 wird die Adäquanztheorie schon nicht mehr angesprochen. Bei *Geth*[7], N. 107 ff. wird die Adäquanztheorie zwar angesprochen, aber zugunsten der objektiven Zurechnung verworfen. Ähnlich *Hurtado Pozo,* N. 510 f. und *Riklin* AT[3], §13 N. 36 und 41.

48 MK[3]-*Freund,* vor §13 N. 351; *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 1; *ders,* LPK, vor §13 N. 101; *Krey/Esser,* AT[6], N. 325; *Murmann,* GK[5], §23 N. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 258.

49 Dazu unten N. 91.

50 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 11.

51 *Gropp,* AT[4], §4 N. 85; *Murmann,* GK[5], §23 N. 28; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 225; vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/4b.

Zurechnungsgesichtspunkte: Es geht nach den geläufigen Formulierungen jeweils um den *Ausschluss* der Zurechnung.[52]

7 Dieses gängige Verständnis der objektiven Zurechnung als haftungsbegrenzendes Korrektiv der zu weit gefassten Kausalität stösst aber neuerdings auf Widerspruch.[53] Einige Autor:innen gehen davon aus, dass der objektiven Zurechnung keine haftungsbeschränkende, sondern vielmehr eine *haftungsbegründende* Funktion zukomme. Gerade weil die Feststellung der Kausalität für sich genommen noch nichts über die rechtliche Relevanz eines Verhaltens oder Geschehens aussage, könne die Kausalität allein auch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Erfolg begründen, die anschliessend durch die objektive Zurechnung eingegrenzt werden müsse.[54] Diese Verbindung zwischen Handlung und Erfolg werde vielmehr erst durch ein positives Zurechnungsurteil geleistet.[55] Diese Auffassung wird heute zwar nur von wenigen Autor:innen vertreten, sie ist aber keineswegs neu: Bereits *Honig* war zur Einsicht gelangt, dass die objektive Zurechnung ein konstitutives Element der tatbestandsmässigen Handlung oder Unterlassung sei.[56] Ähnlich können auch einige Passagen in *Roxins* Aufsatz in der Festschrift für *Richard Honig* und in seinem Lehrbuch gelesen werden.[57] Heute scheint diese Einsicht aber weitgehend in Vergessenheit geraten zu sein.[58]

8 Zwischen dem vorherrschenden Verständnis der objektiven Zurechnung als haftungsbeschränkendes Korrektiv und der Auffassung, die der objektiven Zurechnung eine haftungsbegründende Funktion zuschreibt, steht sodann eine dritte, von *Goeckenjan* vertretene Auffassung. Sie geht davon aus, dass die Kausalität keinen hinreichenden Zurechnungsgrund darstellen und damit auch keine Haftung begründen könne, die durch die Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung eingeschränkt werden könnten.[59] Beim Vorsatzdelikt

52 *Roxin/Greco,* AT I[5], 11 N. 1 und N. 53; *Gropp,* AT[4], § 4 N. 87; *Krey/Esser,* AT[6], N. 333.

53 *Seher,* Jura 2001, 815; *ders.,* Zurechnung, 457; *ders.,* GA 2006, 716; ferner *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 69; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 14.; vgl. aber *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 128 und 298, wonach die Annahme, die objektive Zurechnung konstituiere die Haftung für den Erfolg jedenfalls beim Vorsatzdelikt abzulehnen sei.

54 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung 298; vgl. auch *Seher,* Jura 2001, 815; *ders.,* Zurechnung, 457; *ders.,* GA 2006, 716; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 69.

55 *Seher,* Jura 2001, 815; *ders.,* Zurechnung, 457 mit Hinweis auf *Honig,* FS Frank, 196.

56 *Honig,* FS Frank, 193 ff.; ferner *Seher,* Zurechnung, 457; Hübner, Entwicklung der objektiven Zurechnung, 69 f.

57 *Roxin,* FS Honig, 146; *Roxin/Greco,* AT I[5], AT I, § 11 N. 46 und N. 51.

58 So *Seher,* Zurechnung, 457.

59 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 298.

bilden ihr zufolge aber auch die Kriterien der Lehre von der objektiven Zurechnung nicht die eigentliche Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Zwar böten sie eine «phänomenologisch zutreffende Beschreibung dessen, was das tatbestandliche Unrecht eines Erfolgsdelikts» ausmache.[60] Der eigentliche Grund für die strafrechtliche Zurechnung liege beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt aber darin, dass das zum Erfolgseintritt führende Geschehen antizipiert wurde.[61] Daraus, dass sie den «wahren Grund für die Verantwortlichkeitszuschreibung» beim Vorsatzdelikt in Wissens- und Willenselementen erblickt, schliesst sie, dass normative Einschränkungen des tatbestandlichen Unrechts die Ausnahme bilden müssten.[62] Dieser Schluss drängt sich aber genauso wenig auf wie die Annahme, dass nur ein einzelner, «wahrer» Zurechnungsgrund angegeben werden könne.

3. Übereinstimmende Anwendbarkeit bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten?

a. In der Literatur

9 Die Lehre von der objektiven Zurechnung erhebt für sich den Anspruch, für vorsätzliche und fahrlässige Erfolgsdelikte gleichermassen zu gelten.[63] Fraglich ist aber, ob und inwieweit dieser Anspruch auch in der Literatur Anerkennung findet. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob die objektive Zurechnung sowohl bei vorsätzlichen wie fahrlässigen Erfolgsdelikten zu den Voraussetzungen des objektiven Tatbestands gezählt wird. Wird diese Frage bejaht, so wirft dies notwendigerweise die Folgefrage auf, ob die objektive Zurechnung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten übereinstimmend zur prüfen ist, also ob sämtliche Zurechnungskriterien gleichermassen Anwendung finden sollen.

10 Die erste Frage lässt sich mit Blick auf die Literatur dahingehend beantworten, dass dies zwar keineswegs völlig unbestritten ist, zumindest unter den Vertreter:innen der objektiven Zurechnung aber mehrheitlich bejaht wird.[64] Dass die Anwendbarkeit der objektiven Zurechnung beim Vorsatzdelikt in der Literatur gemeinhin akzeptiert wird, zeigt sich nicht nur an

---

60 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 298.

61 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 299 mit Hinweis auf Jakobs, AT², 7/1 ff.

62 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 299.

63 So etwa *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 49; S/S³⁰-*Eisele,* vor § 13 N. 90, 92; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*ders.,* § 10 N. 65; Kaspar, AT², N. 83; *Schünemann,* GA 1999, 217; *Wessels/Beulke/Satzger*⁴⁹, N. 249; referierend Kühl, AT⁸, § 4 N. 38; *Geth*⁷, N. 113.

64 So die Einschätzung bei *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 129; *Frisch,* JuS 2011, 23; *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 35; *Roxin/Greco,* AT I⁵, AT I⁴, § 11 N. 49; *Seher,* Jura 2001, 815 ff.

ausdrücklichen Stellungnahmen, sondern auch daran, dass die objektive Zurechnung in vielen Lehrbüchern bereits im Zusammenhang mit dem objektiven Tatbestand des vorsätzlichen Begehungsdeliktes und damit in der Regel klar vor dem Fahrlässigkeitsdelikt behandelt wird.[65]

11 Schwieriger zu beantworten ist aber die Frage, ob die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte der Lehre von der objektiven Zurechnung gleichermassen bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten gelten oder ob es zwischen der objektiven Zurechnung beim Vorsatzdelikt und der objektiven Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt Unterschiede gibt. Häufig wird die objektive Zurechnung, wie bereits erwähnt, schon im Teil über den objektiven Tatbestand des Vorsatzdeliktes sehr ausführlich abgehandelt, weshalb dann beim Fahrlässigkeitsdelikt auf diese Ausführungen verwiesen wird.[66] Teilweise werden die Anforderungen an die objektive Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt konkretisiert.[67] Doch nur in vergleichsweise wenigen Werken werden bestimmte Zurechnungsgesichtspunkte ausdrücklich dem Fahrlässigkeitsdelikt vorbehalten.[68] Dies betrifft vor allem die Zurechnungsgesichtspunkte des Schutzzwecks der Norm und des rechtmässigen Alternativverhaltens,[69] aber auch das Erfordernis einer unerlaubten Risikoschaffung.[70] Häufiger als eine explizite Beschränkung gewisser Zurechnungsgesichtspunkte auf das Fahrlässigkeitsdelikt wird die grundsätzliche Geltung der objektiven Zurechnung sowohl beim Vorsatz- als auch beim Fahrlässigkeitsdelikt anerkannt, aber gleichzeitig auf die geringere praktische Relevanz bei Vorsatzdelikten hingewiesen.[71] Diesem Hinweis ist jedoch keine klare Aussage über die einheitliche Geltung einzelner Zurechnungsgesichtspunkte zu entnehmen, sofern

---

65 So *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 129 und *Sacher,* Sonderwissen, 74. Als Beispiele seien hier *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 29 ff., § 16; *Geth,* AT[7], N. 111 ff., N. 455; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 44, § 24 und *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 246, N. 925 genannt.

66 So etwa *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 15; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 15 N. 19 und N. 24.

67 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 14 ff.

68 So etwa *Seelmann/Geth*[6], N. 477 (ebenso *Geth*[7], N. 477); *Jescheck/Weigend,* AT[5], 288 f.; *Kindhäuser,* GA 2007, 466 f.; *ders.,* LPK[7], vor § 13 N. 104 und § 15 N. 58 ff.; so wohl auch *Kühl,* § 4 N. 73 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130 und *F.-C. Schroeder,* FS Roxin, 36; bei *Krey/Esser,* AT[6], N. 329 und N. 1354 wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang aus didaktischen Gründen nicht im Rahmen der objektiven Zurechnung, sondern im Rahmen der Fahrlässigkeit behandelt.

69 *Seelmann/Geth*[6], N. 477 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 477); *Jescheck/Weigend,* AT[5], 288 f.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 73 ff.; *F.-C. Schroeder,* FS Roxin, 36; ähnlich *Krey/Esser,* AT[6], N. 329 und N. 1354.

70 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 254 ff.; *Kindhäuser,* GA 2007, 466 f.; *ders.,* LPK[7], vor § 13 N. 103 und N. 105 ff.

71 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 49; *Frisch,* JuS 2011, 23; *Kühl,* AT[8] § 4 N. 38; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 14b; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 129 f., 234, 297.

damit bestimmten Zurechnungsgesichtspunkten nicht jegliche praktische Bedeutung abgesprochen wird.[72]

12 Teilweise finden sich schliesslich Stellungnahmen, die die Geltung bestimmter Zurechnungskriterien, beispielsweise die Schaffung eines unerlaubten Risikos, grundsätzlich bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten anerkennen, aber jeweils unterschiedliche Massstäbe anlegen wollen.[73] In diese Richtung geht auch die Auffassung von *Goeckenjan* hinsichtlich des Kriteriums des erlaubten Risikos, das bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten zwar inhaltlich identisch sei, aufgrund der geringeren praktischen Relevanz beim Vorsatzdelikt aber – anders als beim Fahrlässigkeitsdelikt – nicht positiv festzustellen sei. Stattdessen könne die Prüfung des erlaubten Risikos darauf reduziert werden, erlaubte Risiken aus dem Bereich des objektiv tatbestandlichen Unrechts auszuschliessen.[74]

13 Klärungsbedürftig ist sodann das Verhältnis zwischen der objektiven Zurechnung und anderen Rechtsfiguren oder Tatbestandsmerkmalen. Gerade beim Fahrlässigkeitsdelikt wird häufig eingewendet, dass es die objektive Zurechnung nicht brauche, da die von ihr behandelten Probleme auch mit dem bestehenden Instrumentarium gelöst werden könnten.[75] Damit wird weniger die Existenzberechtigung der einzelnen Zurechnungskriterien in Frage gestellt, sondern ihre Unterstellung unter den Begriff der objektiven Zurechnung. Dieser Einwand ist nicht ganz unberechtigt, zumal ein grosser Teil der Zurechnungsgesichtspunkte der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung keineswegs erst seit den 1970er-Jahren bekannt sind, sondern bereits viel früher entwickelt wurden.[76] Weil und soweit Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung aber bereits früher Eingang in die Fahrlässigkeitsdogmatik gefunden haben, stellt sich in der Tat die Frage, inwieweit der objektiven Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt eine eigenständige Bedeutung zukommt.

14 Ähnliche Fragen stellen sich auch beim Vorsatzdelikt, namentlich jene, in welchem Verhältnis die Kriterien der objektiven Zurechnung zur Beteiligungslehre stehen.[77] *Frisch* will die Abgrenzung zwischen strafbarer und strafloser

72 In diese Richtung etwa *F.-C. Schroeder,* FS Roxin, 36.

73 *Schünemann,* GA 1999, 220 f.; LK[11]-*Schroeder,* § 16 N. 160; eingehend und m.w.N. *Sacher,* Sonderwissen, 126 ff.

74 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 234, 273 f., 282 und 297 ff.

75 *Hirsch,* FS Köln, 406; *ders.,* FS Lenckner, 127.

76 Zur Entwicklung des erlaubten Risikos unten ## 296 ff.; zur Entwicklung des Schutzzweckgedankens unten N. 405 f.; zu den Anfängen des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges unten N. 95.

77 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 293 f.

Deliktsbeteiligung im Rahmen seiner Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens in erster Linie über das Erfordernis der missbilligten Risikoschaffung vornehmen und erachtet die Beteiligungsformen beim Vorsatzdelikt lediglich als «Strafbarkeitsfiguren».[78] Demgegenüber geht *Goeckenjan* davon aus, dass bei Vorsatzdelikten die Zurechnungsgesichtspunkte häufig durch das vorrangig zu berücksichtigende gesetzliche Beurteilungssystem überlagert würden.[79] *Roxin* lehnt einen extensiven Täterbegriff beim Vorsatzdelikt entschieden ab, geht aber gleichzeitig davon aus, dass es beim Fahrlässigkeitsdelikt keinen Bedarf für eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme gebe, da die Abgrenzung zwischen strafbarer und strafloser Beteiligung anhand der Kriterien der objektiven Zurechnung vorgenommen werden könne.[80]

b. In der schweizerischen Rechtsprechung

15 Mit Blick auf die Rechtsprechung gestaltet sich die Feststellung hingegen etwas schwieriger.[81] Für die Schweiz lässt sich festhalten, dass sich drei der vier publizierten Leitentscheide, in denen das Bundesgericht den Begriff der objektiven Zurechnung verwendete, auf Fahrlässigkeitsdelikte bezogen.[82] Im vierten Entscheid hatte das Bundesgericht darüber zu befinden, ob der Beschwerdegegner durch eine schwere Verletzung der Spielregeln im Rahmen eines Hockeyspiels den Gegner eventualvorsätzlich oder nur fahrlässig verletzt hatte.[83] Dabei erwog es, dass Verletzungen bei Mannschaftssportwettkämpfen nicht über die Einwilligung gelöst, sondern als «ein Problem der Tatbestandseinschränkung nach den Grundsätzen der Sozialadäquanz, des erlaubten Risikos oder des selbstverantworteten Handelns auf eigene Gefahr» angesehen würden.[84] Ferner hielt es fest, dass Sportverletzungen auch unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung diskutiert würden. Die Frage nach der Bestimmung des richtigen Lösungswegs liess das Bundesgericht

78 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 301 ff., 303 und 215 Fn. 235, wonach Tatherrschaft normtheoretisch und funktional kein Kriterium der missbilligten Risikoschaffung sei, sondern ein Kriterium, «das über die (Art der) Sanktionierung der Gefahrschaffung» entscheide.

79 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 293 f.

80 *Roxin,* AT II, § 25 N. 8 ff.

81 Zur Übernahme der objektiven Zurechnung in der deutschen Rechtsprechung, *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 131 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 23 f.; *Seher,* Zurechnung, 5 ff. und 607 ff. zur österreichischen Rechtsprechung eingehend und mit weiteren Nachweisen *Trieffterer,* FS Klug, 419; vgl. ferner *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 384; *Schmoller,* FS Triffterer, 226.

82 BGE 135 IV 56; 134 IV 255 und 105 IV 18.

83 BGE 134 IV 26 E. 3.2.2.

84 BGE 134 IV 26 E. 3.2.5.

offen, da sich die verschiedenen Ansätze «mehr in der dogmatischen Begründung als im Ergebnis» unterschieden: Aufgrund der Schwere des Regelverletzung kam ein wie auch immer begründeter Ausschluss der strafrechtlichen Haftung nicht in Frage. [85] Eine klare Anerkennung der objektiven Zurechnung beim Vorsatzdelikt ist darin nicht zu sehen.[86] Unter den nicht publizierten Entscheiden des Bundesgerichts finden sich aber mindestens zwei Urteile zu Vorsatzdelikten, in denen das Bundesgericht ausdrücklich festhält, dass keine Gründe für den Ausschluss der objektiven Zurechnung ersichtlich seien.[87] Dies spricht dafür, dass das Bundesgericht diese Feststellung beim Vorsatzdelikt für die Bestimmung der objektiven Tatbestandsmässigkeit für relevant hält – was wohl als Anerkennung der objektiven Zurechnung zu deuten wäre. Zu beachten ist ferner BGE 117 IV 58, in dem zwar der Begriff der objektiven Zurechnung nicht verwendet, ein Freispruch der Vorinstanz vom Vorwurf einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz aber damit begründet wurde, dass ein tatbestandsmässiges Verhalten, das an sich aber eine sozial nützliche Tat darstelle, auch bei Vorsatz nicht rechtswidrig sei, wenn ein erlaubtes Risiko verwirklicht werde.[88]

16 Ausgehend davon, dass das Bundesgericht die objektive Zurechnung immerhin in zwei Entscheiden zu Vorsatzdelikten ausdrücklich erwähnt,[89] erscheint es naheliegend, dass es die objektive Zurechnung auch bei Vorsatzdelikten anerkennt. Nicht beantwortet werden kann aber die Frage, ob das Bundesgericht sämtliche Kriterien der objektiven Zurechnung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten gleichermassen anwendet oder anwenden würde. Diese Unklarheit dürfte auch in naher Zukunft kaum behoben werden, zumal die praktische Relevanz der objektiven Zurechnung, wie in der Literatur immer wieder betont wird, bei vorsätzlich verübten Delikten weitaus geringer ist als bei Fahrlässigkeitsdelikten.[90] Sofern das Bundesgericht diese Frage

85 BGE 134 IV 26 E. 3.2.5.

86 Nicht erwähnt wird der Begriff der objektiven Zurechnung in BGE 117 IV 58 E. 2b, in dem das BGer das Prinzip des erlaubten Risikos herbeizog, um in einem Fall den Freispruch von der Anklage einer qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG zu bestätigen, in dem die beschuldigten Personen rund 70 Gramm Kokain transportierten, jedoch mit der Absicht, dieses zu vernichten. Das BGer erwog dabei, dass das Prinzip des erlaubten Risikos bei Fahrlässigkeitsdelikten anerkannt sei und nicht einzusehen sei, warum dies nicht auch für den vorsätzlich handelnden «Täter» gelten solle.

87 Urteil des BGer vom 28. April 2006, 6S.482/2005 E 3.1; Urteil des BGer vom 2. Juni 2016, 6B_301/2016 E. 2.3.

88 BGE 117 IV 58 E. 2b.

89 Urteil des BGer vom 28. April 2006, 6S.482/2005 E 3.1; Urteil des BGer vom 2. Juni 2016, 6B_301/2016 E. 2.3.

90 *Fischer*[65], vor §13 N. 24; MK[3]-*Freund,* vor §13 N. 353; *Frisch,* FS Roxin, 218; *ders.,* GA 2003, 729, *ders.,* JuS 2011, 23.

also nicht in einem *obiter dictum* beantwortet, wird es noch Jahre, wenn nicht Jahrzehnte dauern, bis diese Frage anhand von Entscheiden zu einzelnen Zurechnungsgesichtspunkten geklärt werden kann.[91]

c. Fazit

17 Aus den vorangegangenen Ausführungen ergibt sich, dass die Geltung der objektiven Zurechnung zwar gemeinhin sowohl bei Vorsatz- als auch bei Fahrlässigkeitsdelikten akzeptiert wird. Inwieweit die objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt aber tatsächlich mit jener beim Fahrlässigkeitsdelikt übereinstimmt, bleibt unklar. Daran wird deutlich, dass die Einzelheiten der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung auch nach nun fast 50 Jahren keineswegs vollständig geklärt sind.

B. Die innere Struktur der Lehre von der objektiven Zurechnung

1. Die Grundformel

18 Die Lehre von der objektiven Zurechnung wird in fast allen gängigen Lehrbüchern und Kommentarwerken erörtert, wobei sich die Darstellungen sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich ihres Aufbaus erheblich unterscheiden. Dennoch verfügen sie meistens über einen gemeinsamen Nenner: Nach fast einhelliger Auffassung sollen sich die Kriterien der objektiven Zurechnung auf eine sogenannte Grundformel reduzieren lassen.[92] In ihrer ursprünglichen Fassung lautet sie wie folgt:

> «Objektiv zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlich mißbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat.»[93]

---

91 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 23 f.

92 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130 f.; *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 116.

93 SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 47; ferner; *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 116; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 351 *Bock,* AT, 136; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88; S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 92; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 66; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 156; *Frister,* AT[8], 10/4; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130; *Gropp,* AT[4], 4/87; HK GS[4]-*Heinrich,* vor § 13 N. 85; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 96; *ders.,* Zurechnung und Rechtfertigung, 7; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 85; *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 5; (kritisch *ders.,* LPK[7], vor § 13 N. 103); *Krey/Esser,* AT[6], N. 332; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 43; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 13/14; *Maurach/Zipf,* AT I[8], § 18 N. 49; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 31; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 46; *Reyes,* ZStW 105 (1993), 130; *Rotsch,* FS Roxin, 390; *K. Schumann,* Jura 2008, 408; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 261.

19 Die Grundformel wird in der Literatur nicht einheitlich wiedergegeben, sondern existiert in verschiedenen terminologischen Variationen. Vielfach wird der Begriff der Gefahr durch jenen des Risikos ersetzt, woraus sich in der Sache aber letztlich keinen Unterschied ergeben soll.[94] Ebenso unerheblich ist, ob nun von der Schaffung eines unerlaubten oder eines missbilligten Risikos die Rede ist oder ob im zweiten Teil anstelle des Verbs «realisieren» das Verb «verwirklichen» verwendet wird.

20 Entscheidend ist aber, dass es bei der objektiven Zurechnung im Wesentlichen um zwei Fragen geht: Erstens ist zu fragen, ob die handelnde Person hinsichtlich des Erfolgseintrittes eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat; und zweitens, ob sich ebendiese Gefahr im eingetretenen Erfolg niedergeschlagen hat. Daraus ergibt sich für die Lehre von der objektiven Zurechnung eine zweistufige Grundstruktur.[95] Die Unterscheidung zwischen Risikoschaffung und Risikoverwirklichung ist aber keine Innovation der Lehre von der objektiven Zurechnung, sondern geht auf *Engisch* zurück.[96] Wie noch näher darzustellen sein wird, unterschied *Engisch* zwischen zwei Adäquanzurteilen: Beim ersten Adäquanzurteil geht es zunächst um die Frage, ob die beschuldigte Person überhaupt eine adäquate Gefahr eines tatbestandlichen Erfolges geschaffen habe. Damit sollte festgestellt werden, ob die beschuldigte Person gegen eine Rechtsnorm verstossen hat, wobei *Engisch* dieses Adäquanzurteil sowohl bei vollendeten Delikten als auch beim Versuch voraussetzte.[97] Beim zweiten Adäquanzurteil sollte es hingegen um die «Adäquanz mit Bezug auf die besondere Art und Weise des Kausalverlaufes» und damit um die Frage gehen, ob sich die spezifische Gefahr im konkret eingetretenen Erfolg verwirklicht habe.[98] Damit waren ganz wesentliche Elemente der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung bereits benannt.[99] In *Roxins* Aufsatz in der Festschrift für *Richard Honig,* der gemeinhin als die Geburtsstunde der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung gesehen wird, war die zweistufige Struktur, die die heutige Lehre von der objektiven Zurechnung kennzeichnet, noch nicht zu erkennen.[100] Die Formulierung der heute allgemein

94 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 43; kritisch *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 117; *Marlie,* Unrecht und Beteiligung, 218.

95 Vgl. aber *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 49 und N. 106 ff.

96 *Engisch,* Kausalität, 59 f.; dazu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 95.

97 *Engisch,* Kausalität, 59 f.

98 *Engisch,* Kausalität, 61 ff.; dazu unten N. 93 f.

99 So *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 95; *Seher,* Zurechnung, 381; *Schünemann,* GA 1999, 207, 210.

100 Deutlich ersichtlich wird dies etwa daran, dass *Roxin,* FS Honig, 137, Kausalabweichungen, die heute typischerweise als Problem der Risikoverwirklichung diskutiert

anerkannten Grundformel und die Vornahme der damit verbundenen Modifikation der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung ist vielmehr *Rudolphi* zuzuschreiben.[101]

21 Kritisiert wird aber, dass die Grundformel nur wenig zur tatsächlichen Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung beitrage.[102] Sie bedürfe daher der Konkretisierung und Ergänzung mittels zusätzlicher Zurechnungskriterien.[103] Eine Konkretisierung der Grundformel anhand einer Ausarbeitung positiver Voraussetzungen für die Zurechnung des Erfolges findet in der Literatur aber nur sehr vereinzelt statt.[104] Vielmehr werden Fallgruppen erarbeitet, in denen die objektive Zurechnung auszuschliessen ist.[105] Im Gegensatz zur Grundformel sind die Einzelerfordernisse der objektiven Zurechnung also überwiegend negativ bestimmt.[106]

2. Fallgruppenorientierte Ausgestaltung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte

22 Bereits *Roxin* hatte in seinem Aufsatz nicht die positiven Voraussetzungen der objektiven Zurechnung benannt, sondern Fallgruppen beschrieben, in denen die objektive Zurechnung auszuschliessen sei.[107] Diese methodische Vorgehensweise wurde in der Folge von anderen Autor:innen übernommen,[108] wobei Fallgruppen modifiziert, getrennt oder zusammengeführt wurden.[109] Weil und soweit für einzelne Fallgruppen eigenständige Kriterien definiert werden, anhand deren über den Ausschluss der Zurechnung zu entscheiden

werden, unter dem Gesichtspunkt der «Schaffung oder Nichtschaffung eines rechtlich relevanten Risikos» diskutiert.

101 SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57; dazu unten N. 155 ff.

102 Kritisch zur Leistungsfähigkeit *Kühl,* AT[8], § 4 N. 75; ferner *Bloy,* JuS 1988, L 44; und *Puppe,* ZStW 99 (1987), 595. Vgl. ferner S/S-*Eisele*[30], vor § 13 N. 92b.

103 S/S-*Eisele*[30], vor § 13 N. 92b; ferner *Kühl,* AT[8], § 4 N. 75.

104 Vgl. aber *Murmann,* GK[5], § 23 N. 34 ff. und insb. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 86 ff.

105 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131 mit Hinweis auf *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 53 ff. (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I[5]); *Gropp,* AT[4], § 4 N. 87; *Krey/Esser,* AT[6], § 11 N. 333.

106 *Krey/Esser,* AT[6], § 11 N. 333; ferner *Gropp,* AT[4], § 4 N. 87.

107 So schon *Roxin,* FS Honig, 136 ff.; ebenso *ders.,* AT I[4], § 11 N. 53 ff.

108 Oder beibehalten. Zu beachten ist nämlich, dass etwa *Rudolphi,* JuS 1969, 550 ff. bereits vorher viele Fallgruppen der heutigen Lehre der objektiven Zurechnung beschrieben hatte.

109 Vgl. dazu insbesondere die Darstellung der weiteren Entwicklung der objektiven Zurechnung bei *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 60 ff.; *ders.,* FS Androulakis, 661 ff.; ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 111 ff. Besonders stark auf die Bildung von Fallgruppen fokussiert ist etwa die Darstellung bei *Krey/Esser,* AT[6], N. 333.

ist, handelt es sich dabei genau genommen nicht mehr um blosse Fallgruppen, die typischerweise die Erfüllung eines übergeordneten Kriteriums implizieren, sondern um eigenständige Zurechnungskriterien, die im Ergebnis das übergeordnete, in der Grundformel benannte Kriterium ergänzen oder gar ersetzen.[110] Ob nun unter einem bestimmten Titel nun eine Fallgruppe oder eigenständige Zurechnungskriterien beschrieben werden, ist nicht immer klar erkennbar. Trotz der oftmals abweichenden Ausgestaltung und Anordnung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte lassen sich, losgelöst von der jeweiligen Bezeichnung, mehrere Zurechnungsgesichtspunkte identifizieren, die in fast allen Abhandlungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung behandelt werden. Dazu zählen: die Risikoverringerung, die erlaubte oder sozialadäquate Risikoschaffung, der Risikozusammenhang, der Pflichtwidrigkeitszusammenhang, der Schutzzweck der Norm, die einverständliche Fremdgefährdung, die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung sowie das Hinzu- oder Dazwischentreten eines Dritten.[111]

23 Die meisten Zurechnungsgesichtspunkte lassen sich relativ zuverlässig einer der beiden in der Grundformel benannten Stufen zuordnen. So werden die «Risikoverringerung» und die erlaubte oder sozialadäquate Risikoschaffung gemeinhin dem Erfordernis der Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos zuschreiben.[112] Zur zweiten Stufe der Risikoverwirklichung werden hingegen die Zurechnungsgesichtspunkte des Risikozusammenhanges, des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges sowie des Schutzzwecks der Norm gezählt.[113]

24 Nicht abschliessend geklärt ist hingegen die Einordnung derjenigen Zurechnungsgesichtspunkte, die die Frage der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen betreffen. Einige Autor:innen ordnen die «einverständliche Fremdgefährdung» sowie die «Mitwirkung an der eigenverantwortlichen

110 Zu denken ist hier etwa an den «Schutzzweck der Norm» oder aber an die «Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung», dazu unten N. 402 ff. und 446 ff.

111 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53 ff.; ferner *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 352 ff; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 67 ff.; *Gropp,* AT[4], §4 N. 89 ff.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 46 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 64 ff.; *Rengier,* AT[11], §13 N. 50; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 261 f.; vgl. dazu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 132 ff.

112 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53 ff.; vgl. ferner etwa *Bock,* AT, 137 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 67 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT[2], N. 158; *Frister,* AT[8], 10/5 ff.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 46 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 34 ff.; vgl. aber *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und 264 ff., die den «Schutzzweck der Norm» bereits bei der Schaffung eines missbilligten Risikos einordnen.

113 *Roxin/Greco,* AT I[5]; vgl. ferner etwa Bock, AT, 149 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 76 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT[2], N. 161 ff.; *Frister,* AT[8], 10/22 ff.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 60 ff. und §17 N. 47 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 100 ff.; vgl. auch *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und 299 ff.

Selbstgefährdung» der Stufe der Risikoschaffung zu.[114] Andere hingegen ordnen diese Zurechnungsgesichtspunkte auf der Stufe der Risikoverwirklichung ein.[115] *Roxin* behandelt diese Fallkonstellationen in seinem Lehrbuch unter dem Titel der «Reichweite des Tatbestandes» und begründet den Ausschluss der Zurechnung mit dem Schutzzweck der Tatbestandsnorm, den er neben die beiden in der Grundformel erwähnten Stufen der Risikoschaffung und der Risikoverwirklichung zu stellen scheint.[116] *Kühl* diskutiert diese Zurechnungsgesichtspunkte im Zusammenhang mit dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit, das er als eigenständiges Zurechnungskriterium erachtet, ohne dieses einer der beiden Stufen der objektiven Zurechnung zu unterstellen.[117]

25 Neben dem richtigen Aufbau der Lehre von der objektiven Zurechnung ist auch der genaue Inhalt vieler Zurechnungsgesichtspunkte nicht abschliessend geklärt.[118] Der Diskussionsstand ist vielmehr durch «eine Vielzahl zum Teil divergierender, jedoch untereinander eng verwandter Vorschläge gekennzeichnet, die bisher noch nicht zu einem allgemeinen Konsens geführt haben».[119]

II. Grundsätzliche Einwände gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung

26 Trotz oder gerade wegen ihres Erfolges ist die Lehre von der objektiven Zurechnung auf teilweise heftige Kritik gestossen. Vereinzelt wird gar davon ausgegangen, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung zwar in der Literatur noch vorherrschend sei, aber zunehmend in die Defensive gerate.[120] Die Kritik richtet sich teils gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung an und

114 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff.; ferner Bock, AT, 140 ff.; *Frister,* AT[8], 10/10; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 70 ff; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und N. 269 ff.

115 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 101 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT[2], N. 164; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 94 ff.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 77 ff.

116 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 106; zu beachten ist aber, dass *Roxin* (a.a.O., § 24 N. 26 ff.) gewisse Überlegungen, die auch die Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen betreffen, anhand des Vertrauensgrundsatzes bereits bei der Bestimmung des erlaubten Risikos berücksichtigen will (entsprechend auch *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106 und § 24 N. 26 ff.). Ähnlich auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 83 ff.

117 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 83; ähnlich auch S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 92b und N. 100 ff.

118 *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 104.

119 *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 14; in diese Richtung auch S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N 90; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung 1; HK GS[4]-*Heinrich,* vor § 13 N. 78; *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 104; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 42.

120 *Gössel,* GA 2015, 18; in diese Richtung auch SK-*Jäger,* vor § 1 N. 97.

für sich, teils gegen ganz spezifische Zurechnungskriterien, wobei darin nicht selten auch ein Angriff gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung an sich zu sehen ist. Die Einwände werden auf dem Boden ganz unterschiedlicher dogmatischer Grundannahmen formuliert, mit dem Ergebnis, dass Kritiker:innen der objektiven Zurechnung anderen Kritiker:innen vorwerfen, zu verkennen, inwiefern die Lehre von der objektiven Zurechnung nun richtigerweise als verfehlt anzusehen sei.[121] Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass sich die unterschiedlichen Vorwürfe bisweilen sowohl im Inhalt als auch in der Begründung teilweise überlagern oder aber nur nuanciert voneinander abweichen.[122] Eben dies erschwert eine klare Systematisierung der Kritik und kann zu gewissen Redundanzen bei der Darstellung der Einwände führen. Um dem entgegenzuwirken, wird vorliegend darauf verzichtet, die einzelnen Einwände gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung präzise nach ihrem genauen Inhalt aufzugliedern.[123] Stattdessen werden die Einwände in drei Kategorien eingeteilt, die sich nach der Stossrichtung der Kritik richten: Einwände gegen die systematische Einordnung von Zurechnungsgesichtspunkten (A.), Einwände gegen die Normativität und Unbestimmtheit von Zurechnungsgesichtspunkten (B.) und Einwände gegen die Verwendung des Zurechnungsbegriffs (C.).

A. Unzutreffende systematische Einordnung von Zurechnungsgesichtspunkten

27 Diese erste Kategorie der Kritik an der mutmasslich unzutreffenden systematischen Einordnung von Zurechnungsgesichtspunkten umfasst ein sehr breites Feld von Einwänden. Einige von ihnen sind sehr bildhaft formuliert, wie *Schünemanns* Feststellung, die objektive Zurechnung habe «wie ein riesiger Krake mit zahllosen Tentakeln immer mehr Anwendungsbereiche erfasst, die in ontologischer und normativer Hinsicht höchst heterogen» seien,[124] oder etwa der Vorwurf Hilgendorfs, die objektive Zurechnung sei «eine Art Rumpelkammer für ungelöste Tatbestands- und Rechtfertigungsprobleme».[125]

121 So etwa *Frisch,* FS Roxin, 226 ff., 231 ff.; *ders.,* GA 2003, 731 ff., 733 ff., der die Lehre der objektiven Zurechnung auf der einen Seite gegen die finalistische Kritik verteidigt, sie andererseits aber auch heftig kritisiert.

122 Vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 135.

123 Eine präzise Darstellung der Einwände findet sich bei *Goeckenjan,* 135 ff.; vgl. ferner *Frisch,* GA 2003, 726 ff. und 731 ff.; *Roxin,* FS Maiwald, 717 ff. und 726 ff.; ferner *F.-C. Schroeder,* FS Szwarc, 273 ff.

124 *Schünemann,* GA 1999, 207; *Gössel,* GA 2015, 22.

125 *Hilgendorf,* FS Weber, 44; ähnlich auch; *Hirsch,* FS Köln, 399; *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 271; *Küpper,* Grenzen, 91 ff.

Die Befürchtung, die mit dieser Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung verbunden sind, geht oftmals dahin, dass durch die Überfrachtung der objektiven Zurechnung mit Merkmalen, die eigentlich anderen Stufen des Verbrechensaufbaus angehören, die bis anhin gewonnenen Erkenntnisse der Strafrechtsdogmatik verloren gehen würden.[126] In diese Gruppe gehören aber auch Einwände, die ganz spezifisch gefasst sind und darlegen, wodurch oder inwiefern genau die Lehre von der objektiven Zurechnung auf eine bestimmte andere Stufe der Verbrechenslehre übergreife.[127]

28 Zu Letzteren gehört der zunächst von finalistischer Seite erhobene Vorwurf, dass die «neuere» Lehre von der objektiven Zurechnung zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse systemwidrig auf den *Vorsatz* vorgreife, indem sie bei der Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos das Sonderwissen der beschuldigten Person berücksichtige.[128] Diese Kritik hat auch ausserhalb des finalistischen Lagers Zuspruch gefunden.[129] Der Vorgriff auf subjektive Gegebenheiten wird von vielen Vertreter:innen der objektiven Zurechnung auch nicht bestritten – aber auch nicht für sonderlich problematisch gehalten.[130]

29 Einige Stimmen in der Literatur werfen der Lehre von der objektiven Zurechnung sodann einen Vorgriff auf die Fahrlässigkeit vor.[131] Auch dieser Vorwurf kann insbesondere von *Roxin* kaum zurückgewiesen werden. Seiner Auffassung nach ist mit der objektiven Zurechnung abschliessend über die Tatbestandsmässigkeit des fahrlässigen Erfolgsdelikts entschieden, ohne dass es irgendwelcher zusätzlicher Merkmale, wie etwa der Verletzung einer Sorgfaltspflicht, bedürfe.[132] Von den Kritiker:innen der Lehre von der objektiven

126 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 270; *Gössel,* GA 2015, 22; *Vormbaum,* Strafrechtsgeschichte[4], 242.

127 Dazu eingehend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 135 ff.

128 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260 f.; *Hirsch,* FS Köln, 404 ff.; *Struensee,* GA 1987, 97; *ders.,* JZ 1987, 59 f.

129 *Börgers,* Gefahrurteil, 74 ff, insb. 76 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 113 ff.; *Gössel,* GA 2015, 21; *Haas,* SB Zurechnung, 209; *Kindhäuser,* FS Hruschka, 539; *ders.,* GA 2007, 461 ff.; *Lampe,* GS Armin Kaufmann, 196 f.; Samson, Strafrecht I[7], 16 f.; *H. Schumann / A. Schumann,* FS Küper, 546; *K. Schumann,* Jura 2008, 414; *Seher,* Zurechnung, 484; *Serano González de Murillo,* FS-*Roxin* 2011, 352 ff.

130 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 57 und § 24 N. 53 ff.; *Roxin,* GS Armin Kaufmann, 250; *ders.,* FS Maiwald, 727; *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; *ders.,* FS Roxin, 230 f.; *ders.,* GA 2003, 732 f.; *ders.* SB Strafrechtssystem,172 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 278 ff.; *Greco,* ZStW 117 (2005), 519 ff. *Sacher,* Sonderwissen, 261; *Schünemann,* GA 1999, 217; *Wolter,* Internationale Dogmatik, 23 (kritisch zur Berücksichtigung des Sonderwissen noch *ders.,* GA 1977, 269 f.).

131 *Hirsch,* FS Lackner, 140; *Struensee,* JZ 1987, 59 ff.; *ders.,* GA 1987, 97 ff.

132 *Roxin,* AT I[4], § 24 N. 10 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 10).

Zurechnung, die den systemwidrigen Vorgriff auf die subjektive Tatseite ablehnen, halten nicht wenige die Lehre von der objektiven Zurechnung angesichts der auf der subjektiven Tatseite bestehenden Lösungsmöglichkeiten für schlechthin überflüssig.[133] Dennoch ist die Kritik an der Berücksichtigung subjektiver Elemente bei der Bestimmung der Schaffung eines missbilligten Risikos nicht immer mit Zweifeln an der Existenzberechtigung der Lehre von der objektiven Zurechnung verbunden.[134]

30 Weitere Einwände richten sich gegen den Übergriff auf andere Tatbestandsmerkmale innerhalb des objektiven Tatbestandes. Dazu zählt die von *Puppe* erhobene Kritik, wonach der «Sündenfall der Lehre von der objektiven Zurechnung in ihrer Abkoppelung von der Kausalität» zu sehen sei.[135] Ferner kritisiert insbesondere *Frisch,* dass die Lehre von der objektiven Zurechnung das Kriterium der missbilligten Risikoschaffung in die Erfolgszurechnung aufnehme und diese damit aufblähe, obwohl dieses Kriterium die Frage nach dem verbotenen Verhalten und damit das objektive Tatbestandsmerkmal des tatbestandsmässigen Verhaltens betreffe.[136] Im Gegensatz zu den Einwänden, die von anderen Kritiker:innen – insbesondere von Vertreter:innen der finalen Handlungslehre – erhoben wurden, war *Frischs* Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung von deren Vertreter:innen weitgehend als konstruktive Kritik aufgefasst worden, da sie weniger die normativen Kriterien der objektiven Zurechnung an sich, sondern lediglich deren Einordnung im objektiven Tatbestand bemängelt.[137] *Frisch* hingegen hat diese «Versuche einer Bagatellisierung der Fehlplatzierung» stets abgelehnt und formuliert seine Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung zunehmend pointiert.[138] So hat er die Lehre von der objektiven Zurechnung jüngst als einen «gescheiterten Versuch der Normativierung eines naturalistischen Systems»

---

133 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 261; *Hirsch,* FS Köln, 404 (relativierend *ders.,* FS Lenckner, 121 ff.); *Kindhäuser,* GA 2007, 464; *ders.,* FS Hruschka, 539; *ders.,* FS Maiwald, 404 f.; *ders.,* AT[8], §11 N. 9; *H. Schumann / A. Schumann,* FS Küper, 549; *Struensee,* JZ 1987, 58 ff.; *ders.,* GA 1987, 101.; referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 196 ff.

134 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 113 ff.; *Seher,* Zurechnung, 705.

135 *Puppe,* Erfolgszurechnung, 1 und 7, *dies.,* GA 2015, 208; für eine Lösung der von der objektiven Zurechnung behandelten Fragen über die Kausalität auch *dies.,* ZStW 99 (1987), 601.

136 *Frisch,* GA 2018, 561 ff.; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 33 ff. und *passim; ders.,* FS Roxin, 232; *ders.,* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210 f.

137 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 51 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 51); *Schünemann,* GA 1999, 207, 216; vgl. ferner *Murmann,* GK[5], §23 N. 34 Fn. 58, der die Richtigkeit von Frischs Forderung anerkennt, dann aber *Roxin,* FS Maiwald, 729 mit der Aussage zitiert, dass es sich nur um einen Unterschied in der Terminologie, nicht in der Sache handle.

138 *Frisch,* GA 2018, 563 ff.; *ders.,* GA 2003, 733 ff.

bezeichnet, die zwar viel Positives geleistet habe, aber letztlich deutlich mache, dass es eine grundlegende Revision des Straftatsystems brauche.[139]

31 Die Lehre von der objektiven Zurechnung wird mit Blick auf das Erfordernis der missbilligten Risikoschaffung sodann auch aus anderer Richtung kritisiert. Einige Autor:innen werfen der objektiven Zurechnung vor, dass sie durch ihre normativen Wertungen der Ebene der Rechtswidrigkeit vorgreife.[140] Die Frage nach der Missbilligung eines Verhaltens sei nicht bereits auf der Tatbestandsebene zu fällen, sondern richtigerweise erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen.[141]

B. Beliebigkeit und Unbestimmtheit der Zurechnungsgesichtspunkte infolge ihrer überzogenen Normativität

32 Dem vorangegangenen Einwand steht sodann der Vorwurf nahe, dass die Kriterien der Lehre von der objektiven Zurechnung übermässig normativ aufgeladen seien und infolgedessen unbestimmt oder gar beliebig seien.[142] *Maiwald* kritisiert damit insbesondere die Zweckmässigkeit der Begriffs- und Systembildung der Lehre von der objektiven Zurechnung.[143] Auch *Hirsch* wendet gegen das Erfordernis der missbilligten Risikoschaffung ein, dass das Verbotensein nicht Voraussetzung seiner selbst sein könne.[144] Daneben formulieren auch andere Autor:innen pointierte Einwände gegen die wertenden Kriterien an sich und gegen deren Begründung.[145]

33 Die Bedenken gehen insbesondere dahin, dass es bei der Einbeziehung normativer Wertungen in den objektiven Tatbestand von Erfolgsdelikten nicht nur um die Auslegung der gesetzlichen Straftatbestände gehe, sondern diese durch die objektive Zurechnung umgestaltet würden.[146] Anlass für die Kritik bietet der Umstand, dass die normativen Kriterien insbesondere von

139 *Frisch,* GA 2018, 571 f.

140 *Maiwald,* FS Miyazawa, 477 ff. *Samson,* Strafrecht I[7], 15 ff.; *K. Schumann,* Jura 2008, 415

141 *Maiwald,* FS Miyazawa, 477; *Samson,* Strafrecht I[7], 15 ff.

142 *Maiwald,* FS Miyazawa, 470 ff.; ferner Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* § 14 N. 100; *Bung,* Wissen und Wollen, 101; *Kahlo,* FS Küper, 249; *Küpper,* Grenzen, 100 ff.; *Puppe,* ZStW 99 (1987), 616; *Vormbaum,* Strafrechtsgeschichte[4], 242. Referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 143.

143 *Maiwald,* FS Miyazawa, 476.

144 *Hirsch,* FS Lenckner, 135; *Gössel,* GA 2015, 23.

145 *Bung,* Wissen und Wollen, 101 und 106 f.; *Gössel,* GA 2015, 18 ff.; *Kahlo,* FS Küper, 259 ff.; *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 259; *Puppe,* Erfolgszurechnung, 6; *dies.,* ZStW 99 (1987), 601.

146 *Kahlo,* FS Küper, 259; *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 544 Fn. 9; mit Blick auf das Vorsatzdelikt auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 272.

Roxin[147] und *Schünemann*[148] mit kriminalpolitischen Zwecksetzungen begründet werden.[149] Die kriminalpolitische Sinnhaftigkeit sei jedoch zu abstrakt, um daraus hinreichend begründete Bestimmungen abzuleiten, weshalb die Lehre von der objektiven Zurechnung inhaltsleer bleibe.[150]

34 *Goeckenjan* anerkennt entsprechende Bedenken und will «der Gefahr einer Loslösung vom kodifizierten Recht und von sachgerechten Figuren» damit Rechnung tragen, dass sie nicht positiv die Schaffung einer missbilligten Gefahr verlangen will, sondern das erlaubte Risiko negativ als Tatbestandsausschluss begreifen will.[151] Wenn für die Bestimmung des erlaubten Risikos in erster Linie rechtliche Wertungen herangezogen würden, minimiere sich auch die Gefahr einer unkontrollierten Verselbstständigung der Zurechnungskriterien.[152] Für das Vorsatzdelikt sei deswegen insbesondere das aufgrund rechtlicher Risikolimitierung erlaubte Risiko von Bedeutung.[153]

35 *Frisch,* der sich gegen die Überfrachtung der Erfolgszurechnung wendet, die normativen Kriterien aber lediglich in das Merkmal des tatbestandsmässigen Verhaltens verschieben will, weist darauf hin, dass normative Kriterien keineswegs *per se* einen Mangel darstellten, soweit es sich um die richtigen Kriterien handelt.[154] Die Schaffung einer missbilligten Gefahr hinsichtlich des Erfolges und deren Realisierung im eingetretenen Erfolg hält er für nicht bestreitbare Sacherfordernisse, um eine Person für den Erfolg verantwortlich machen zu können.[155]

C. Verwendung des Zurechnungsbegriffs im objektiven Tatbestand

36 Ein weiterer gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung erhobener Einwand geht dahin, dass sie den Begriff der Zurechnung unzutreffend gebrauche, indem sie ihn innerhalb des objektiven Tatbestandes verwende.[156] Pointiert

---

147 Deutlich wird dies insbesondere in Zusammenhang mit der Risikoerhöhungstheorie. Siehe hierzu *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 92.

148 *Schünemann,* GA 1999, 214 f.

149 *Kahlo,* FS Küper, 259 f.; ferner *Gössel,* GA 2015, 20 ff.; *Haas,* Kausalität, 44.

150 *Kahlo,* FS Küper, 259 f. mit Hinweis auf *Puppe,* Erfolgszurechnung, 5 und *Küper,* FS Lackner, 258 ff.

151 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 273.

152 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 274 und 243 f.

153 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 244.

154 *Frisch,* GA 2003, 732.

155 *Frisch,* GA 2003, 732, *ders.,* FS Roxin, 222 ff.

156 *Frisch,* GA 2018, 569 ff. mit Hinweis auf *Seher,* FS Frisch, 219 f.; in diese Richtung bereits *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 1 f.; *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 251 ff. und *Maiwald,* FS Miyazawa, 476 ff.

ausgeführt wurde dieser Vorwurf jüngst von *Frisch*, der auf die lange philosophische und rechtliche Tradition verweist und davon ausgehend ausführt: «Zugerechnet wird Personen, und zugerechnet kann Personen nur werden, wenn diese bestimmte Voraussetzungen aufweisen – eben zurechnungsfähig sind.»[157] Angesichts ebendieser Voraussetzung für ein sinnvolles Zurechnungsurteil bleibe unklar, welchen Sinn es habe, bereits im objektiven Tatbestand die Frage nach der Zurechnung des Erfolges zu stellen. In Wahrheit gehe es bei dem, was die Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs als Frage nach der Zurechnung des Erfolgs bezeichne, um etwas anderes als wirkliche Zurechnung.[158] Es gehe hier um die Zurückführbarkeit des eingetretenen Erfolgs auf die mit der Vornahme der Handlung verbundene Gefahr, derentwegen die Handlung verboten sei. Hierfür den traditionell anders besetzten Begriff der Zurechnung zu verwenden, sei zwar nicht völlig falsch, aber irreführend und wenig hilfreich.[159] Dies schliesse zwar nicht aus, dass bei den Erfolgsdelikten nicht sinnvoll über die Frage der Zurechnung des Erfolges diskutiert werden könnte, dies sei aber erst möglich und sinnvoll, wenn die Person, der die Folgen zugerechnet werden sollen, als zurechnungsfähig anerkannt worden sei.[160]

37 Die Inspiration für diese Kritik bezieht *Frisch*, wie er selbst ausweist, aus einem Aufsatz von *Seher*.[161] *Seher* setzt sich darin mit der Tatbestandsdogmatik von *Frisch* auseinander und stellt fest, dass dieser von einem eingeschränkten Zurechnungsbegriff ausgehe, indem er alleine die normative Anbindung der Handlungsfolge an die Handlung als Zurechnungsakt begreife.[162] Eine solche Erfolgszurechnung setzte aber voraus, dass das rechtlich missbilligte Verhalten bereits als abgeschlossene *Handlung* feststehe, was eine Ausscheidung der Handlungsfolgen aus dem Handlungsbegriff und damit die Ablehnung von Handlungskonzeptionen impliziere, die von einem starken Handlungsbegriff ausgingen.[163] Bevor also eine Erfolgszurechnung stattfinden könne, müsse zuerst festgestellt werden, dass eine Handlung vorliegt. Ebendies sei aber mit

157 *Frisch*, GA 2018, 570.

158 *Frisch*, GA 2018, 570; anders noch *ders.*, Tatbestandsmässiges Verhalten, 507 ff., wo er selbst noch von objektiver Erfolgszurechnung spricht.

159 *Frisch*, GA 2018, 570.

160 *Frisch*, GA 2018, 571.

161 *Frisch*, GA 2018, 569 mit Hinweis auf *Seher*, FS Frisch, 219 f.

162 *Seher*, FS Frisch, 211

163 *Seher*, FS Frisch, 212. Zu den Handlungskonzeptionen, die die Handlungsfolgen in den Handlungsbegriff einbeziehen zählt *Seher* neben der finalen Handlungslehre (siehe unten N. 111 ff.) auch die Zurechnungskonzeptionen von *Roxin* (dazu unten N. 148 f.) und *Hruschka* (dazu unten N. 176 ff.).

den «Requisiten der Erfolgszurechnung» nicht möglich.[164] Dazu bedürfte es vielmehr eines eigenständigen Zurechnungsaktes, mit dem das Verhalten als Handlung einer Person gedeutet wird.[165] Mit Blick auf das geltende Strafrecht bestehe das Problem eines solchen, seit naturrechtlichen Zeiten als *imputatio facti* bekannten Zurechnungsaktes darin, dass bei fehlender Schuldfähigkeit bereits die Handlungszurechnung und damit die Erfüllung des Tatbestandes zu verneinen wäre, was dem Wortlaut des Gesetzes widerspricht.[166]

38 Dieses von *Seher* angesprochene Problem betrifft *Frischs* Tatbestandsdogmatik genauso wie die Lehre von der objektiven Zurechnung sowie fast alle anderen gängigen Straftatkonzeptionen.[167] Obwohl *Seher* in seiner Habilitationsschrift durchaus die Verwendung des Zurechnungsbegriffs in *Roxins* Tatbestandslehre kritisiert,[168] so ist diese Kritik hier nicht spezifisch gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung zu richten. Vielmehr deutet sie darauf hin, dass der Begriff der Zurechnung in der zeitgenössischen Literatur zwar fast allgegenwärtig ist, sein Gehalt aber nebulös bleibt.[169]

III. Fazit und Ausblick

39 Das Bedürfnis nach einer einschränkenden Korrektur der mit der Äquivalenztheorie zu weit gefassten Kausalität im objektiven Tatbestand durch die Lehre von der objektiven Zurechnung ist weitgehend anerkannt.[170] Es kann insofern als gesichert angesehen werden, dass zur Feststellung eines Kausalzusammenhanges zwischen einem menschlichen Verhalten und einem tatbestandsmässigen Erfolg eine normative Bewertung dieses Kausalzusammenhanges hinzukommen muss, anhand deren der Kausalzusammenhang als rechtlich relevant ausgewiesen wird.

40 Die von der Lehre von der objektiven Zurechnung benannten Wertungskriterien sind immerhin den Grundzügen nach gemeinhin anerkannt und

164 *Seher,* FS Frisch, 219.

165 *Seher,* FS Frisch, 219; *ders.,* Zurechnung, 720 ff., 730 f.

166 Vgl. *Seher,* FS Frisch, 219, der hier insbesondere auch normtheoretische Überlegungen anstellt. Dazu auch *ders.,* Zurechnung, 575 f., 720; dazu bereits *Hardwig,* Zurechnung, 124.

167 Auszunehmen wäre hier neben der von *Seher,* Zurechnung, 628 ff., 700 ff., 718 ff. entwickelten Zurechnungstheorie wohl lediglich das Stufenmodell von *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, *passim.* Zu diesen Zurechnungstheorien, unten N. 175 ff.

168 *Seher,* Zurechnung, 532 ff.

169 *Seher,* Zurechnung, 8.

170 Dazu oben N. 6.

lassen sich auf eine «Grundformel» zurückführen, nach der *ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann objektiv zurechenbar ist, wenn dieses Verhalten ein rechtlich missbilligtes Risiko eines Erfolgseintrittes geschaffen und sich dieses Risiko auch im tatbestandsmässigen Erfolg realisiert hat.*[171] Konkretisiert wird diese Grundformel durch die Bildung von Fallgruppen und spezifischeren Zurechnungsgesichtspunkten, bei denen die objektive Zurechnung mangels Schaffung eines missbilligten Risikos oder mangels Verwirklichung eines missbilligten Risikos auszuschliessen ist.[172] Die zurechnungsausschliessenden Konstellationen sind zumindest den Grundzügen nach anerkannt, der genaue Inhalt und die systematische Verortung innerhalb der Lehre von der objektiven Zurechnung sind vielfach aber nicht abschliessend geklärt.[173] Insofern dürfte die Einschätzung von *Kindhäuser* zutreffen, wonach die Lehre von der objektiven Zurechnung nur im Kernbereich dogmatisch gesichert sei.[174]

41 Es gilt daher im Folgenden zu untersuchen, wie die Lehre von der objektiven Zurechnung entstanden ist und welche Entwicklungen zum heutigen Diskussionsstand geführt haben (§ 2), um anschliessend die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte einer eingehenden und kritischen Untersuchung zu unterziehen (§ 3).

---

171 Zur Grundformel oben N. 18 ff.

172 Dazu oben N. 22 ff.; zur Untersuchung der Fallgruppen und Zurechnungsgesichtspunkten eingehend unten N. 220 ff.

173 Dazu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 132 ff.; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 14; *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 104; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 42.

174 *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 104.

§2 Die Entwicklung der objektiven Zurechnung

42 Wenn wir heute von objektiver Zurechnung sprechen, meinen wir in der Regel die sog. «neuere» Lehre von der objektiven Zurechnung, deren Entwicklung gerne *Roxin* zugeschrieben wird.[175] Nicht übersehen werden darf allerdings, dass die Ursprünge sowohl des Wortes «Zurechnung», der Zurechnung als juristischen Fachbegriffs als auch der «objektiven Zurechnung» deutlich weiter in der Vergangenheit liegen.[176] Die Ursprünge des Verbs *«zurechnen»* lassen mindestens bis ins Lateinische *(imputare)* zurückverfolgen.[177] Teilweise wird die Zurechnung gar mit der Moralphilosophie des *Aristoteles* in Verbindung gebracht.[178] So weit zurück soll die vorliegende Darstellung aber nicht reichen, denn *Aristoteles* selbst hatte im Rahmen seiner Handlungsethik selbst gar keine zurechnende Perspektive eingenommen.[179] Das Verdienst, die Handlungsethik des *Aristoteles* auf die Kontexte der Zurechnung übertragen zu haben, ist – wie *Seher* in seiner Habilitationsschrift darlegt – vielmehr *Pufendorf* zuzuschreiben.[180] Den Ausgangspunkt für die nachfolgende Darstellung der Entwicklung der objektiven Zurechnung sollen daher die naturrechtlichen Imputationslehren bilden, auf die der Rechtsbegriff der Zurechnung zurückgeht.[181] Im Anschluss daran sollen die wichtigsten Entwicklungsschritte der Zurechnungslehre bis hin zur heutigen «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung dargestellt und soweit notwendig in den Kontext der jeweils zeitgenössischen Verbrechenslehre eingebettet werden.[182]

175 *Roxin,* FS Honig, 133 ff.; siehe dazu auch *Schünemann,* GA 1999, 212 der den Beitrag als «Geburtsstunde» der Lehre der objektiven Zurechnung bezeichnet.

176 *Roxin,* FS Honig, 133 mit Hinweis auf *Honig,* FS Frank, 174 ff.

177 *Hruschka,* SB Zurechnung, 17; *Seher,* Zurechnung, 57; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 39.

178 *Loening,* Zurechnungslehre des Aristoteles, XII; *Hruschka,* SB Zurechnung, 17; *Köhler,* FS Hirsch, 65 f.; ablehnend *Seher,* Zurechnung, 51 ff.

179 *Seher,* Zurechnung, 51 ff., legt überzeugend dar, dass der Begriff der Zurechnung nicht aus der griechischen Philosophie und den Werken von Aristoteles herrührt, da dessen Moralphilosophie sich auf gutes Handeln bezieht und nicht (wie bei der Zurechnung) auf die rückblickende Beurteilung bereits geschehener Handlungen.

180 *Seher,* Zurechnung, 52 f..

181 *Seher,* Zurechnung, 74.

182 Eingehende Darstellungen zur Entwicklung der Zurechnungslehre und der objektiven Zurechnung finden sich auch bei *Seher,* Zurechnung, 50 ff.; ferner *Goeckenjan,* Revision

I. Die philosophischen Wurzeln der Zurechnung

43 Die heutige Lehre von der objektiven Zurechnung hat mit den nachfolgend dargestellten Zurechnungstheorien abgesehen vom Begriff der Zurechnung nicht mehr viel gemeinsam. Während nämlich die objektive Zurechnung gerade deswegen als eine «objektive» Zurechnung bezeichnet wird, weil sie von objektiv feststellbaren Umständen abhängen soll,[183] kommt in den hier dargestellten Zurechnungstheorien dem freien Willen der handelnden Person eine tragende Bedeutung zu. Es geht hier vornehmlich um «subjektive», nicht um «objektive» Zurechnung. Aufgrund dessen mag es nicht sofort evident sein, inwiefern diese Theorien zum Verständnis der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung beitragen. Die Relevanz dieser Zurechnungstheorien für die vorliegende Arbeit erschöpft sich jedoch keineswegs in ihrer historischen Bedeutsamkeit. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird sich zeigen, dass eine Auseinandersetzung mit diesen frühen Zurechnungstheorien für eine fundierte Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung, und darüber hinaus am vorherrschenden Straftatsystem an sich, unerlässlich ist.

A. Die naturrechtlichen Imputationslehren

44 Der Ursprung des juristischen Fachbegriffs der Zurechnung liegt in der Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts. Der Begriff der *imputatio* wurde von *Pufendorf* in das Zentrum seiner Lehre zur moralischen Bewertung von menschlichen Handlungen gerückt.[184] Bei dieser sog. Imputationslehre handelt es sich nicht um eine spezifisch rechtliche Theorie, sondern vielmehr um eine «allgemeine Theorie moralisch freier Handlungen und ihrer normativen Bewertung», deren wichtigster Anwendungsbereich das Recht ist.[185] Am Anfang von *Pufendorfs* Imputationslehre steht das Prinzip der Zurechenbarkeit, die *Imputativitas*. Es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Tat als freie Handlung gilt und dementsprechend zurechenbar ist:

> «*Quaelibet actio ad normam moralem dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. Et contra: Id quod neque in se neque*

der objektiven Zurechnung, 63 ff.; *Hruschka,* SB Zurechnung, 17 ff.; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 29 ff.; *Reyes,* ZStW 105 (1993), 108 ff.; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 40 ff.; *ders.,* FS Androulakis, 651 ff.

183 *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 259; *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 2.

184 *Seher,* Zurechnung, 74 und 76; *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 2; vgl. auch *ders.,* SB Zurechnung, 17; *Hübner* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 29.

185 *Seher,* Zurechnung, 122.

> *in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari.*»[186] – «Jede (beliebige) *actio*, die an einer moralischen Norm ausgerichtet werden kann und im Hinblick auf die es in der Macht eines Menschen steht, dass sie geschieht oder nicht geschieht, kann diesem Menschen zugerechnet werden. *Und umgekehrt*: Was weder an sich selbst betrachtet noch in seiner Ursache in der Macht eines Menschen gestanden hat, kann diesem Menschen nicht zugerechnet werden.»[187]

45 Die erste Bedingung, dass eine Handlung an einer moralischen Norm ausgerichtet werden können müsse, deutet auf die in *Pufendorfs* Naturrechtslehre grundlegende Unterscheidung zwischen *entia physica* und *entia moralia* hin.[188] Als Erstere gelten bei *Pufendorf* Zustände und Ereignisse, die naturgesetzlichen Abläufen folgen. Davon unterscheidet er diejenigen Vorgänge, die durch den freien Willen eines Menschen beeinflusst werden. Nur als solche können Handlungen Gegenstand einer moralischen Zurechnung sein.[189] Die zweite Bedingung für die Zurechenbarkeit einer Handlung besteht darin, dass es in der Macht eines Menschen gestanden haben muss, ob eine Handlung geschieht oder nicht. Die Handlungsmacht wird durch das Wissen und den Willen der handelnden Person konstituiert, wobei das Wissen lediglich eine notwendige Bedingung für eine freiwillige Entscheidung ist und insofern der Willen als entscheidendes Moment anzusehen ist.[190] Das Urteil über die Freiwilligkeit der Handlung bildet sogleich den Kern des Urteils über die Zurechenbarkeit. Mit Blick auf die Bestimmung der Freiwilligkeit knüpft *Pufendorf* stark an die aristotelische Handlungslehre an.[191] Wie *Aristoteles* benennt auch *Pufendorf* die Umstände, die die Freiwilligkeit einer Handlung ausschliessen, namentlich äussere Gewalt und Unwissenheit.[192] Im Hinblick auf die Unwissenheit als Grund für die fehlende Freiwilligkeit ist aber der zweite Satz der oben zitierten Passage von Bedeutung, wonach einem Menschen nicht zugerechnet

186 *Pufendorf,* Elementorum Jurisprudentiae Universalis, Lib. II, Axioma I (243); vgl. auch *ders.,* Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Bd. I, Cap. V, § 5 (113 f.)

187 Übersetzung nach *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 661.

188 *Denzer,* Moralphilosophie und Naturrecht, 67 ff.; *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 661 Fn. 5; *Seher,* Zurechnung, 78 f.; eingehend Welzel, Naturrechtslehre, 19 ff.

189 *Seher,* Zurechnung, 78.

190 Vgl. *Pufendorf,* Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Bd. I, Cap. V, § V (106 ff.); dazu auch *Denzer,* Moralphilosophie und Naturrecht, 80 ff.; *Seher,* Zurechnung, 80.

191 *Seher,* Zurechnung, 80 ff.; eingehend zur freiwilligen Handlung in Aristoteles' Ethik *Loening,* Zurechnungslehre des Aristoteles, 130 ff.

192 Vgl. *Pufendorf,* Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Bd. I, Cap. 4, § 1 (82 ff., insb. 84), der auf Aristoteles' Nikomachische Ethik verweist; siehe dazu *Seher, Zurechnung,* 81 Fn. 29.

werden kann, was «weder an sich betrachtet noch in seiner Ursache» in dessen Macht gestanden hat.[193] *Pufendorf* unterscheidet hier zwischen zwei Formen von Handlungsmacht, für die sich später die Bezeichnungen *actio libera in se* und *actio libera in sua causa* durchsetzen.[194] Eine an sich freie Handlung *(actio libera in se)* beruht auf einem aktuell freiem Willen, d.h., die handelnde Person weiss, was sie tut. Bei der lediglich in ihrer Ursache freien Handlung *(actio libera in sua causa)* fehlt es am aktuell freien Willen und somit an gegenwärtiger Handlungsmacht. Die Handlung ist daher nicht an sich frei, sie ist aber immerhin in ihrer Ursache frei, weil und soweit die zu beurteilende Person für das gegenwärtige Fehlen der Handlungsmacht selbst verantwortlich ist.[195] Mit dem Urteil über die Freiwilligkeit ist zugleich über die Zurechenbarkeit (*imputativitas*) entschieden. Zu beachten ist jedoch, dass die *imputativitas* bei *Pufendorf* noch keinen eigentlichen Zurechnungsakt bezeichnet, sondern vielmehr die Zurechnungsbedingungen beschreibt.[196] Ein Zurechnungsakt findet erst mit der *Imputatio actualis* statt, mit der dem Handelnden die normative Wirkung der freien Handlung zugewiesen wird.[197]

46 Die nachfolgenden Imputationslehren anderer Autoren entwickelten die Zurechnungsprozedur auf unterschiedliche Weise weiter und ergänzten sie um neue Wertungsstufen.[198] Die Autoren verwendeten zur Bezeichnung der

193 So die Übersetzung von *Pufendorf,* Elementorum Jurisprudentiae Universalis, Lib. II Axioma I (243) bei *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 663 ff.; vgl. auch *Pufendorf,* Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Bd. I, Cap. V, § V (113 f.); *Seher,* Zurechnung, 87 f.

194 *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 663 ff., zur hier verwendeten Terminologie insb. 665 f. mit Fn. 10; *ders.,* Rechtstheorie 22 (1991) *ders.,* SB Rechtfertigung und Entschuldigung, 144 ff.; siehe auch *Seher,* Zurechnung, 87 f.

195 *Pufendorf,* Elementorum Jurisprudentiae Universalis, Lib. II Axioma I, § 7: «Possunt quoque imputari non ea tantum quae pro praesenti tempore ut fiant vel non fiant in nostra sunt potestate, sed etiam, quorum perfeciendorum facultas nobis antea adfuit, nostra autem culpa est amissa; seu quae pro presenti quidem statu sunt impossibilia alicui, ut tamen ipse in culpa fuerit, non minus ea jam praestare posit.» – «Nicht nur solche Ereignisse können uns zugerechnet werden, in bezug auf die es im gegenwärtigen Zeitpunkt in unserer Macht steht, dass sie geschehen oder nicht geschehen, sondern auch solche, deren Hervorbringungen früher in unserer Reichweite gelegen hat, wenn wir die Möglichkeit dazu durch eigene Schuld verloren haben. Dasselbe gilt für solche Dinge, die zu vollbringen einem Menschen in seinem gegenwärtigen Zustand unmöglich sind, wenn er selbst schuld daran gewesen ist, dass er sie nicht mehr vollbringen kann.» Übersetzung nach *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 663, der sich in der Folge eingehend mit den beiden Formen der Handlungsmacht auseinandersetzt und dabei zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Zurechnung unterscheidet; siehe auch *ders*. Rechtstheorie 22 (1991), 456 (dazu auch unten N. 176 f.); siehe auch *Seher,* Zurechnung, 87 und *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 65.

196 *Seher,* Zurechnung, 83 f.

197 *Pufendorf,* Elementorum Jurisprudentiae Universalis, Lib. II, Axioma I, § 2; dazu *Seher,* Zurechnung, 83.

198 Eingehend zur weiteren Entwicklung der Naturrechtslehre *Hruschka,* SB Zurechnung, 19 ff. und *Seher,* Zurechnung, 91 ff.

unterschiedlichen Stufen ihrer Zurechnungsprozedur oftmals abweichende Begriffe, woraus sich ein sehr uneinheitliches Bild der naturrechtlichen Imputationslehren ergibt. Den Höhepunkt ihrer Entwicklung erreichten die naturrechtlichen Imputationslehren mit der von *Daries* entworfenen Zurechnungstheorie,[199] die als Synthese der vorangegangenen Lehren, insbesondere derjenigen von *Lehmann* und *Wolff,* angesehen werden kann.[200] Die *imputativitas* blieb bei *Daries* im Sinne von allgemeinen Vorüberlegungen erhalten, in deren Rahmen die Abhängigkeit der Handlung vom freien Willen festgehalten wurde.[201] Der erste eigentliche Zurechnungsakt war erst im Urteil zu sehen, dass die beschuldigte Person freie Urheberin einer Handlung sei *(imputatio facti).*[202] Daran schloss die Anwendung des Gesetzes auf die Tat an *(applicatio legis ad factum),* die – wie bei *Wolff,* aber anders als bei *Lehmann*[203] – gerade nicht als Zurechnungsschritt bezeichnet wurde.[204] Die *imputatio juris* bildete schliesslich den zweiten und letzten eigentlichen Zurechnungsschritt, mit dem der handelnden Person die Rechtsfolgen zugewiesen werden.[205]

47 Gerade unter den spätnaturrechtlichen Lehren fanden sich einige, die hinter den von *Daries* erreichten Stand der Begriffs- und Systembildung zurückfielen, indem sie die *applicatio legis* mit der *imputatio juris* gleichsetzen.[206] Zu den Vertretern dieser Gleichsetzung gehörte auch *Baumgarten,* nach dessen Auffassung sich der zweite Zurechnungsschritt, den er als *imputatio legis* bezeichnet, mit der Anwendung des Gesetzes überlagert.[207] Vorliegend ist dies insofern relevant, als sich *Kants* vorkritische Auseinandersetzung mit den Imputationslehren insbesondere auf die Lehre *Baumgartens* bezog.[208] Den in der Nachfolge von *Pufendorf* stehenden naturrechtlichen Imputationslehren war aber zunächst gemein, dass dem freien Wille eine zentrale Bedeutung

199 Vgl. *Daries,* Institutiones Iurisprudentiae Universalis, § 213 ff. (zitiert nach *Seher,* Zurechnung, 111); vgl. ferner *Hruschka,* SB Zurechnung, 22 f.

200 So *Seher,* Zurechnung, 111 und 116.

201 Vgl. *Daries,* Institutiones Iurisprudentiae Universalis, § 214 f. (zitiert nach *Seher,* Zurechnung, 112).

202 *Seher,* Zurechnung, 112 f.

203 *Lehmann* unterscheidet gemäss *Seher* zwischen der *imputatio prima, imputatio secunda* und *imputatio tertia*. Bei der imputatio prima wird die im Rahmen der *imputatio prima* als moralisch freie Handlung qualifizierte Tat auf ihre Übereinstimmung mit einschlägigen Normen untersucht (*Seher,* Zurechnung, 95 f.). *Wolff* hingegen macht deutlich, dass die Anwendung der Norm auf die Handlung, die *applicatio legis ad factum* von der *imputatio* zu unterscheiden sei (*Seher,* a.a.O. 106).

204 *Seher,* Zurechnung, 114.

205 *Seher,* Zurechnung, 113.

206 Dazu *Seher,* Zurechnung, 117 ff.

207 *Seher,* Zurechnung, 118 f.

208 *Seher,* Zurechnung, 140 ff.; dazu gleich unten N. 48 ff.

zukam.[209] Insofern ging es hier noch keineswegs um objektive, sondern vielmehr um subjektive Zurechnung.[210]

B. Zurechnung bei *Kant*

48 In *Kants* Metaphysik der Sitten findet sich eine der bekanntesten Definitionen der Zurechnung überhaupt.[211] Doch anders als es die Bekanntheit der Definition vermuten liesse, spielt die Zurechnung in *Kants* kritischen Schriften keine bedeutende Rolle.[212] Der Grund dafür dürfte darin zu sehen sein, dass *Kant* bei der Entfaltung seiner formalen Ethik des kategorischen Imperativs die Perspektive von Verhaltensnormen einnimmt und dabei die Situation freien Handelns bereits voraussetzt, wohingegen es bei der Zurechnung um die retrospektive Beurteilung bereits begangener Taten geht.[213] *Kant* hatte sich aber im Rahmen seiner Lehrtätigkeit intensiv und kritisch mit der spätnaturrechtlichen Imputationslehre *Baumgartens* auseinandergesetzt.[214] Insofern erscheint es sinnvoll, an dieser Stelle zunächst auf *Kants* vorkritische Auseinandersetzung mit den naturrechtlichen Imputationslehren einzugehen.

49 Bemerkenswert an *Kants* Auseinandersetzung mit der Imputationslehre ist insbesondere, dass er den naturrechtlich ersten Zurechnungsakt *(imputatio facti)* und damit die Feststellung, jemand sei freier Urheber einer Tat, gerade nicht als Voraussetzung für die Anwendung des Gesetzes *(applicatio legis ad factum)* versteht, sondern die Reihenfolge umkehrt.[215] Als *factum* und damit als Gegenstand einer *imputatio facti* will *Kant* eine freie Handlung nur ansehen, sofern sie unter ein Gesetz subsumiert werden kann, also überhaupt rechtlich relevant ist.[216] Die *imputatio facti* bezeichnet folglich bei *Kant* eine doppelte Feststellung, nämlich jene, dass ein Geschehen eine auf freier Willkür beruhende Handlung sei, und jene, dass eben diese Handlung unter eine Norm sub-

209 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 122 f.

210 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 90.

211 Gemeint ist *Kant,* AA VI, 227. Dazu auch *Hruschka,* SB Zurechnung, 18; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 32.

212 *Seher,* Zurechnung, 158 und 192.

213 *Seher,* Zurechnung, 158; ebenso *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 68.

214 Dazu eingehend *Seher,* Zurechnung, 140 ff. m.w.N.

215 *Seher,* Zurechnung, 142. Zu erinnern ist daran, dass die *applicatio legis ad factum* in der spätnaturrechtlichen Imputationslehre *Baumgartens* gerade nicht mehr als eigenständiger Zwischenschritt zwischen der *imputatio facti* und der *imputatio iuris* angesehen wurde, sondern in Letzterer aufging, die bei *Baumgarten* als *imputatio legis* bezeichnet wird. Dazu wiederum *Seher,* a.a.O, 118.

216 *Kant,* AA XIX, 255, R. 7131 und 253, R. 7123; eingehend *Seher,* Zurechnung, 142; ferner *Reath,* JRE 2 (1994), 266.

sumiert werden könne.[217] Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass *Kant* Vorbehalte zu haben schien, das Feststellen freien Handelns überhaupt als «zurechnen» zu bezeichnen, und stattdessen bevorzugt von «Zuschreibung» sprach.[218]

50 Die zweite Zurechnungsstufe bezeichnete *Kant* im Anschluss an *Baumgarten* als *imputatio legis,* er unterschied dabei aber zwischen der juristischen Zurechnung und der moralischen Zurechnung.[219] Im Gegensatz zu *Baumgarten* setzte *Kant* die *imputatio legis* nicht mit der Anwendung des Gesetzes gleich, sondern erkannte, dass die Anwendung des Gesetzes nicht zwingend eine Zurechnung zur Folge haben muss.[220] Die Zurechnung normativer Folgen sollte vielmehr nur dann in Betracht kommen, wenn die Tat hinter dem gesetzlich Geschuldeten zurückbleibt oder aber über das moralisch Geschuldete hinausgeht.[221] Rechtswidrige Handlungen, also solche, die hinter dem rechtlich Geschuldeten zurückbleiben, führen zur Zurechnung normativer Folgen, nämlich Strafen. Sittlich guten Handlungen, die über das moralisch Geschuldete hinausgehen, wird als normative Folge hingegen ein Verdienst zugerechnet.[222]

51 Bereits diese knappe Darstellung von *Kants* vorkritischer Auseinandersetzung zeigt, dass sich *Kant* durchaus intensiv und kritisch mit der naturrechtlichen Imputationslehre *Baumgartens* auseinandergesetzt hat, wobei seinen Reflexionen durchaus eine gewisse Eigenständigkeit zuzuschreiben ist.[223] Angesichts dessen erstaunt es nun aber, dass *Kant* mit seiner bekannten Zurechnungsdefinition in der Metaphysik der Sitten von dem zuvor erreichten Stand der Begriffs- und Systembildung abzuweichen scheint:

> «Zurechnung (imputatio) in moralischer Bedeutung ist das *Urteil,* wodurch jemand als Urheber (causa libera) einer Handlung, die alsdann Tat

---

217 *Seher,* Zurechnung, 144.

218 Dazu *Seher,* Zurechnung, 142 f. mit Fn. 37 sowie 144 mit Fn. 43, wo *Seher* mutmasst, dass die Verwendung des Begriffs der *imputatio facti* ein Zugeständnis an seine Lehrpflicht gewesen sein könnte, die *Kant* genötigt habe, seinen Studenten die naturrechtliche Moralphilosophie «nach *Baumgarten*» zu lehren.

219 *Kant,* AA XIX, 259, R. 7158.

220 *Kant,* AA XIX, 260, R. 7161: «Eine ethisch böse Handlung hat keine legale folgen, nemlich Strafen. Eine iuridisch gute auch nicht, nemlich keine Belohnung. Was von den Gesetzen keine bestimte folgen hat, kann nicht imputirt werden, also weder ethisch böse noch iuridisch gute Handlungen»; dazu auch *Seher,* Zurechnung, 147.

221 *Kant,* AA XIX, 260, R. 7161.

222 *Seher,* Zurechnung, 148, 192.

223 So *Seher,* Zurechnung, 157, der die Eigenständigkeit der aus den Reflexionen rekonstruierten Systematik von *Kants* Zurechnungsprozedur aufgrund seiner umfassenden Auseinandersetzung mit *Kants* vorkritischer Zurechnungslehre, die anders als die vorliegende Darstellung auch eingehend auf *Kants* zurechnungstheoretischen Freiheitsbegriff eingeht (a.a.O., 149), stärker akzentuiert.

(factum) heißt und unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen dieser Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (imputatio iudiciaria, s. valida), sonst aber nur eine *beurteilende* Zurechnung (imputatio diiudicatoria) sein würde.»[224]

52 In den Reflexionen zu Baumgartens Imputationslehre ging *Kant* noch davon aus, dass weil und soweit ein Verhalten an einem Gesetz gemessen werden könne, es ein *factum* sei, wodurch er die *applicatio legis* zur Bedingung für die *imputatio facti* erklärt und dieser insofern vorangestellt hatte. Damit hatte er die Reihenfolge dieser Schritte im Vergleich zu den naturrechtlichen Imputationslehren gerade umgekehrt.[225] In seiner Zurechnungsdefinition in der Metaphysik der Sitten scheint *Kant* seine ursprüngliche Position aber wieder aufzugeben, indem er schreibt, Zurechnung sei das Urteil, wodurch jemand als Urheber einer Handlung angesehen werde, die *alsdann* Tat *(factum)* heisse und unter Gesetzen stehe. Durch die Verwendung des Wortes «alsdann» kehrt er die Reihenfolge abermals um, so dass sie in der Definition wieder der zuvor kritisierten naturrechtlichen Abfolge entspricht.[226] Bemerkenswert an *Kants* Zurechnungsdefinition ist zudem, dass er die Unterscheidung zwischen der *imputatio facti* und der *imputatio legis/moralis* unterschlägt, indem er impliziert, dass das Urteil, durch welches jemand als Urheber einer Handlung angesehen werde, *gleichzeitig* die rechtlichen Folgen aus dieser Tat bei sich führen könne.[227] Aufgrund dieser nicht nachvollziehbaren Abweichungen widerspiegelt *Kants* berühmte Zurechnungsdefinition nicht seine Reflexionen zu den naturrechtlichen Zurechnungslehren.

C. *Almendingens* Zurechnungstheorie als Kontrapunkt

53 In oben dargestellten Zurechnungstheorien bildete der freie Wille den Dreh- und Angelpunkt des Zurechnungssystems.[228] Das Band zwischen der handelnden Person und der Folgen ihrer Tat wurde primär durch den freien Willen geknüpft. Dies traf weitestgehend auch auf die strafrechtlichen Zurechnungs-

224 *Kant,* AA VI, 227.

225 *Seher,* Zurechnung, 161.

226 *Seher,* Zurechnung, 161.

227 *Seher,* Zurechnung, 161, der darauf hinweist, dass *Kant,* AA XIX 258 f., R. 7152 diese Zurechnungsschritte zuvor präzise unterschieden hatte. Gänzlich verworfen wird die Unterscheidung zwischen *imputatio facti* und *imputatio juris* später bei den strafrechtlichen Hegelianern *Abegg, Köstlin* und *Berner.* Kritisch dazu *Larenz,* Zurechnungslehre, 60 f. und 68 ff.

228 *Seher,* Zurechnung, 122 f.

lehren zu, die auf den in der praktischen Philosophie entwickelten Zurechnungssystemen beruhten oder zumindest massgeblich von diesen beeinflusst wurden. Obwohl die strafrechtlichen Adaptionen ihren Vorbildern oftmals kaum gerecht wurden, stand auch bei ihnen zumeist der freie Wille der handelnden Person im Zentrum des Systems.[229]

54 Für eine objektive Zurechnung im heutigen Sinn bestand in diesen im Wesentlichen mit subjektiver Zurechnung operierenden Systemen kein Bedarf. Erstaunlicherweise tauchte der Begriff der objektiven Zurechnung aber dennoch bereits Anfang des 19. Jahrhunderts zum ersten Mal auf. *Almendingen* verwendete ihn im Jahr 1803 in seiner Darstellung der rechtlichen Imputation, in deren Rahmen er den Versuch unternahm, die Straftheorie von *Feuerbach* in eine Imputationslehre zu integrieren.[230] Seine Zurechnungsdefinition mag dabei auf den ersten Blick eher unspektakulär erscheinen:

> «Dem Menschen eine Handlung zurechnen, heißt erklären: daß er mit Bewußtseyn und Willkühr Urheber einer Veränderung in der Aussenwelt geworden sey.»[231]

55 Diese Definition könnte im Sinne vorangegangener Zurechnungslehren gedeutet werden. Aus den nachfolgenden Sätzen wird aber deutlich, dass der Begriff der Willkür nicht auf einen eigentlich freien Willen Bezug nimmt. Vielmehr scheint zu genügen, dass ein Mensch psychisch zu verständiger Zweckbestimmung fähig ist,[232] wobei *Almendingen* die «Wahl des Zwecks» keineswegs als frei erachtet, sondern als «psychologische Nothwendigkeit», die «so oder so determiniert» sei.[233] Die so verstandene Zurechnung (der Handlung) ist nach *Almendingen* eine «allgemein erkennbare, äußere Zurechnung» und werde damit sowohl vom Handelnden als auch von Dritten als «Factum» aufgefasst.[234] Die Zurechnung sei daher «objectiv, nicht subjectiv». Diese Unterscheidung zwischen der «objectiven» und der «subjectiven» Zurechnung hat aber nach praktisch einhelliger Auffassung mit der heutigen Lehre von der

229 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 124 ff., 133, 193 ff., 230 ff., 283 f.

230 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 29 ff.; siehe auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 70; *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 2 Fn. 3; *F.-C. Schroeder,* FS Androulakis, 651 f.; *Seher,* Zurechnung, 178.

231 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 28.

232 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 28 f. verneint dies etwa in Fällen des Schlafwandelns oder der *vis absoluta*.

233 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 71 f.; vgl. dazu *Seher,* Zurechnung, 177.

234 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 29.

objektiven Zurechnung nicht viel zu tun.[235] Die Unterscheidung entspricht denn auch nicht der heute gängigen Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand, denn für *Almendingen* gehören auch das Bewusstsein und die Willkür des Handelnden zur Sphäre des Äusserlichen. Die «subjective» oder «moralisch innere Zurechnung», die die Sphäre der Moralität betrifft, ist nach *Almendingen* hingegen nicht Gegenstand des Rechts:

> «Im Staat und durch ihn verwandelt sich die Zurechnung des Factums, in eine rechtliche, eine Strafzufügung begründende Imputation zur Schuld. Die moralische Imputation dagegen bleibt sich selbst, und ihrer eigenen Natur überlassen.»[236]

56 Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Zurechnung geht damit der «rechtlichen Imputation» voraus und spielt sich somit auf einer Metaebene ab. Die im Anschluss entwickelte «rechtliche Imputation» hat nach *Almendingen* drei Voraussetzungen: Zunächst verlangt die rechtliche Imputation bei *Almendingen* die «Existenz einer Veränderung in der Sinneswelt, die der Staat durch Strafandrohung verhindern wollte», also einen Erfolg.[237] Erforderlich ist das Vorliegen einer «mit verständigem Bewußtsein der Folgen, verknüpfte Thatäusserung der Sinnlichkeit» gesetzten Ursache ebendieser Veränderung, also eine Handlung.[238] Zuletzt wird schliesslich das Bewusstsein der handelnden Person um das Bestehen eines entsprechenden Strafgesetzes verlangt.[239] Damit wich *Almendingen* gleich in zweierlei Hinsicht erheblich von den Traditionen bisheriger Imputationslehren ab. Die Trennung zwischen dem sich in der Sinneswelt entfaltenden Taterfolg und der Handlung war im Vergleich zu den bisherigen Zurechnungstheorien unüblich.[240] Einen weiteren Bruch beging er dadurch, dass er die Freiheit als Grundvoraussetzung für ein zurechenbares Handeln aufgab.[241] Der Grund dafür ist – wie

---

235 *Seher,* Zurechnung, 178; ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 70.

236 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 35.

237 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 57 ff.

238 *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 59 [Komma nach «Folgen» belassen]; *Seher,* Zurechnung 176.

239 Dazu *Seher,* Zurechnung, 176 mit Hinweis auf *v. Almendingen,* Darstellung der rechtlichen Imputation, 57 ff.

240 *Seher,* Zurechnung, 176, der darauf hinweist, dass diese Trennung aus der schon bei *Feuerbach,* Lehrbuch des peinlichen Rechts, § 88 ff. und § 92 ff. erscheinenden Trennung zwischen objektiven und subjektiven Gründen der absoluten Strafbarkeit folgt. Ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 69 f.

241 Siehe *Seher,* Zurechnung, 176 f., der bemerkt, dass die mit verständigem Bewusstsein verknüpfte Tatäusserung der Sinnlichkeit «noch nicht einmal das Rudiment einer – handlungsbegründenden – moralisch freien Urheberschaft *(causa libera)*» darstellt.

Seher darlegt – bereits in *Feuerbachs* Theorie des psychologischen Zwangs angelegt, der davon ausging, dass der Mensch in der Sphäre des Rechts nicht aus Freiheit handeln könne: Anstelle des freien Willens rückte *Feuerbach* daher die sinnliche Beeinflussbarkeit der handelnden Person in das Zentrum seiner Theorie.[242] Dies widerspiegelt sich auch in *Almendingens* Theorie, die abgesehen von ihrer terminologischen Gewandung nicht mehr viel mit den naturrechtlichen Imputationslehren zu tun hat. Sie erscheint vielmehr als früher Vorläufer des naturalistischen Handlungsbegriffes.[243] Sie bietet gewissermassen eine Vorschau auf das strafrechtsdogmatische Denken, das um die Wende zum 20. Jahrhundert zu einem vorläufigen Niedergang der Zurechnung im Strafrecht führte.

D. Handlung und Zurechnung bei *Hegel*

57 *Hegel* wird gemeinhin als «Vater des strafrechtlichen Handlungsbegriffes» angesehen.[244] Tatsächlich entwickelte *Hegel* im zweiten Teil seiner Grundlinien der Philosophie des Rechts über «Die Moralität»[245] nicht nur einen bahnbrechenden Handlungsbegriff, sondern setzt sich dabei auch mit Fragen der Zurechnung auseinander, ohne aber dabei den Begriff zu definieren oder ihm eine tragende Bedeutung in seinem begriffslogischen System zuzuweisen.[246] Handlung und Zurechnung waren bei *Hegel* aber insofern eng verknüpft, als *Hegel* die Handlung auf den Kontext des Rechts bezieht, wodurch sich Fragen der Deutung und Zuschreibung eröffnen.[247]

58 Richtungsweisend ist *Hegels* Handlungsbegriff insofern, als er ihn in einem anderen Sinn verwendet als vorangehende Autoren: Während *Kant* mit dem Begriff der Handlung einen als feststehend gesetzten Wirklichkeitsausschnitt bezeichnet hatte, beschrieb *Hegel* mit dem Begriff der Handlung das Verhältnis zwischen der handelnden Person und der Aussenwelt.[248] Bei

242 *Seher,* Zurechnung, 166 mit Hinweis auf *Feuerbach,* Revision der Grundsätze und Grundbegriffe, 320.

243 So *Seher,* Zurechnung, 177 Fn. 191.

244 *Radbruch,* Handlungsbegriff, 101; *Roxin/Greco,* AT I^5, § 8 N. 7.; vgl. auch *K. Schumann,* Jura 2008, 409.

245 Der Begriff der Moralität ist bei *Hegel* nicht im üblichen Sinne als das Gute oder Tugendhafte zu verstehen, sondern allgemein als Subjektivität des Willens. *Seher,* Zurechnung, 202 f. mit *Hegel,* Grundlinien, § 106 und § 108.

246 *Seher,* Zurechnung, 207 f.

247 *Seher,* Zurechnung, 207 mit Hinweis auf *Quante,* Hegels Begriff der Handlung, 172 f.; vgl. ferner *Seelmann,* SB Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, 101 ff.

248 Dazu *Seher,* Zurechnung, 224.

Hegel wird – im Gegensatz zu *Kant* – nicht die freie Handlung *als Tat zugerechnet,* vielmehr wird die Tat, die bei *Hegel* lediglich eine Veränderung der Aussenwelt bezeichnet, zur *Handlung* weil und soweit sie eine Äusserung des Willens ist:

> «Die Äusserung des Willens als *subjektiven* oder *moralischen* ist Handlung.»[249]

59 *Hegel* ging dabei von einem starken Handlungsbegriff aus, d.h., für ihn erschöpfte sich die Handlung nicht in der gewillkürten Körperbewegung, sondern erstreckte sich auch auf deren Folgen.[250] Doch nicht alle Folgen einer körperlichen Willensäusserung gehörten zur Handlung, denn *Hegel* differenzierte zwischen bezweckten und fremden Folgen.[251] Zur Handlung gehörten zunächst nur Erstere:

> «Das Recht des Willens aber ist, in seiner Tat nur dies als seine Handlung anzuerkennen, und nur an dem schuld zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiss, was davon in seinem Vorsatze lag.»[252]

60 Was zur Handlung gehörte, sollte nach dem Recht des Willens ausschliesslich aus der Sicht und durch das Wissen und den Willen des handelnden Subjekts bestimmt werden. Alleine von dieser subjektiven Sichtweise ausgehend scheint *Hegels* Handlungsbegriff zu eng gefasst zu sein, um etwa die fahrlässig herbeigeführten Folgen eines Verhaltens erfassen zu können.[253] Angesichts dessen, dass *Hegel* selbst die Fahrlässigkeit in seinen Grundlinien der Philosophie des Rechts nicht verwendet hat und sich in den Vorlesungsnachschriften – soweit ersichtlich[254] – nur eine einzige Stelle findet, die sich terminologisch mit der Fahrlässigkeit in Verbindung bringen liesse, erstaunt es nicht, dass die Frage nach der Erfassbarkeit der Fahrlässigkeit seit den Anfängen der Hegelinterpretation als Problem gilt.[255] Insbesondere in der älteren Literatur wird gemeinhin davon ausgegangen, dass in *Hegels* Handlungstheorie kein Raum für die Fahrlässigkeit bleibe.[256]

249 *Hegel,* Grundlinien, § 113.

250 *Hegel,* Grundlinien, § 118.

251 *Hegel,* Grundlinien, § 118; siehe auch *Seher,* Zurechnung, 205 f.

252 *Hegel,* Grundlinien, § 117.

253 Kritisch etwa *Larenz,* Zurechnungslehre, 52.

254 Siehe *Holl,* Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik, 50 f. mit Hinweis die Verwendung des Begriffs der «Nachlässigkeit» bei *Hegel,* Griesheims Nachschrift, 315/22-25.

255 *Seher,* Zurechnung, 220 mit Fn. 100.

256 *Radbruch,* Handlungsbegriff, 101; *Larenz,* Zurechnungslehre, 52 f.; ähnlich in der vergleichsweise jüngeren Literatur *Holl,* Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik, 45 ff.

Die heutigen *Hegel*-Interpreten gehen indes davon aus, dass die Fahrlässigkeit über das Recht der Objektivität erschlossen werden könne.[257] So weist etwa *Seher* darauf hin, dass bei *Hegel* zur Handlung neben dem konstitutiven Bezug auf den Willen der handelnden Person noch ein weiteres Moment gehöre, nämlich *die wesentliche Beziehung auf den Willen anderer.*[258] Damit betone *Hegel* die intersubjektive Natur jeder Willensäusserung und spreche die Ebene der Zurechnung an, auf der die Handlung nachträglich und gerade aus der Sicht anderer beurteilt werde.[259] *Hegel* betrachte dabei die Zurechenbarkeit der Handlung auf drei über das Wissen der handelnden Person vermittelten Ebenen, nämlich jene des Vorsatzes, der Absicht und der Einsicht in den Wert der Handlung.[260] Diesen Ebenen, die das *Recht des Willens* verkörperten, stehe aber jederzeit ein *Recht der Objektivität* gegenüber, das als Perspektive der anderen den Ansprüchen des Subjekts auf Anerkennung seiner subjektiven Perspektive zuwiderlaufe.[261] Die Zurechnung stellt bei *Hegel* – im Gegensatz zu den vorangegangenen Lehren – nicht nur einen normativen Rahmen her oder findet in einem solchen statt, sondern ist selbst ein normativer Akt.[262] 61

Wie bereits erwähnt, können nach dem Recht des Willens nur diejenigen Folgen eines äusserlichen Verhaltens zur Handlung gehören, die im *Vorsatz* des handelnden Subjekts gelegen haben.[263] Doch *Hegel* erkannte, dass es für die Beurteilung der Handlung durchaus von Bedeutung ist, inwieweit die Folgen der Tat vom Willen des Handelnden abweichen. Dabei sprach er aber nicht mehr vom Vorsatz, sondern davon, was sich die Handlung «muß gefallen lassen» und von Folgen, die ihr «zur Last fallen».[264] Damit wechselte *Hegel,* wie *Seher* bemerkt, relativ unauffällig die Perspektive, wodurch das Recht der Objektivität zum Ausdruck kommt.[265] 62

257 *Quante,* Hegels Begriff der Handlung, 183 mit Fn. 41; *Schild,* ZphF 35 (1981), 463 f.; *Seelmann,* SB Zurechnung, 86; *Seher,* Zurechnung, 221.

258 *Seher,* Zurechnung, 206, mit Hinweis auf *Hegel,* Grundlinien, § 113 («Die Handlung enthält die aufgezeigten Bestimmungen, α) von mir in ihrer Äußerlichkeit als die meinige gewußt zu werden, β) die wesentliche Beziehung auf den Begriff als ein Sollen und γ) auf den Willen Anderer zu sein»).

259 *Seher,* Zurechnung, 206 f.; *Derbolav,* Hegel-Studien 3 (1965), 215; *Quante,* Hegels Begriff der Handlung, 130 ff.

260 *Seher,* Zurechnung, 208; vgl. ferner *Schild,* ZphF 35 (1981), 463.

261 *Seher,* Zurechnung, 208.

262 So *Seher,* Zurechnung, 225; vgl. auch *Seelmann,* SB Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, 101.

263 *Hegel,* Grundlinien, § 117, § 118 und Zusatz zu § 115: «Zugerechnet kann mir das werden, was in meinem Vorsatz gelegen hat, und beim Verbrechen kommt es vornehmlich darauf an.»

264 *Hegel,* Grundlinien, § 118.

265 *Seher,* Zurechnung, 210 f.

63 Neben den Vorsatz kam auch der *Absicht* im Kontext der Zurechnung bei *Hegel* eine eigenständige Bedeutung zu.[266] Durch die Gegenüberstellung von Vorsatz und Absicht wird denn auch deutlich, dass *Hegel* die Begriffe nicht im heute gebräuchlichen Sinn verwendete.[267] Der Vorsatz bezeichnete die Vorstellung des Subjekts hinsichtlich des «Daseins»,[268] womit *Hegel* neben den gegebenen auch die unmittelbar durch die Handlung veränderten Umstände meinte, ohne dass dabei die grösseren Zusammenhänge berücksichtigt werden sollten.[269] Bei der Absicht hingegen ging es um die Allgemeinheit, die das Wesentliche der Handlung ausmachte,[270] also um eine Einordnung des handlungsbezogenen Wirklichkeitsausschnitts in einen grösseren Kontext.[271] Die Bedeutung der Unterscheidung zwischen Vorsatz und Absicht lässt sich anhand eines Beispiels illustrieren, das *Hegel* in seiner Vorlesung verwendete:[272] Zündet ein Brandstifter einen Balken eines Hauses an, woraufhin das gesamte Haus niederbrennt, so bringt sein Verhalten mit dem Anzünden des Balkens zunächst eine unmittelbare Veränderung hervor, auf die sich der Vorsatz bezieht.[273] In dieser Veränderung liege aber auch ein «Allgemeines», nämlich, dass dadurch das gesamte Haus niederbrennen könne.[274] Auf dieses Allgemeine, das die unmittelbare Veränderung in einen grösseren Kontext stellt und somit die Natur der Handlung offenbart, müsse sich die Absicht beziehen:

> «Die Handlung muß nicht blos nach ihrer unmittelbaren Einzelheit gewußt werden, sondern nach ihrer Natur, sonst kann sie dem Handelnden nicht zugerechnet werden.»[275]

266 In *Hegel,* Grundlinien, § 114 (mit Zusatz) stellt *Hegel* die Absicht deutlich als zweites Moment neben den Vorsatz. Missverständlich ist hingegen § 119, in dem *Hegel* zu implizieren scheint, dass die Absicht zum Vorsatz gehöre: «Der Vorsatz, als von einem *Denkenden* ausgehend, enthält nicht bloss die Einzelheit, sondern wesentlich jene *allgemeine* Seite – die Absicht.» Vgl. zur eigenständigen Bedeutung der Absicht auch *Seelmann,* SB Zurechnung, 85; *ders.,* SB Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, 104; *Schild,* ZphF 35 (1981), 448 ff. m.w.N.; ferner *Seher,* Zurechnung, 213 ff.

267 Dazu *Seher,* Zurechnung, 209 und 213 f. mit Fn. 73, in der er darauf hinweist, dass die gängige Bedeutung der «Absicht», die darin bestehe, die mit einer Handlung verfolgten Zwecke zu bezeichnen, bei *Hegel* dem Begriff des «Wohls» zukomme, den er im Anschluss an die Absicht behandelt. Bei *Schild,* ZphF 35 (1981), 450 ff. wird das Wohl als eigenes Moment der Zurechnung unter dem Titel «Zurechnung zum Gewissen» behandelt.

268 *Hegel,* Grundlinien, § 114: «Vorsatz – was *unmittelbar* ist und *wie* dies *Dasein* für mich ist.»

269 *Seher,* Zurechnung, 209.

270 Siehe *Hegel,* Grundlinien, § 114, Zusatz zu § 118 und § 119; *ders.,* Griesheims Nachschrift, 323.

271 *Seher,* Zurechnung, 209 und 213 f.

272 *Hegel,* Hotho Nachschrift, 362 f.

273 *Hegel,* Hotho Nachschrift, 363.

274 *Hegel,* Hotho Nachschrift, 363.

275 *Hegel,* Griesheims Nachschrift, 325.

Diesem Recht der Absicht stand aber wiederum und ausdrücklich das Recht der Objektivität gegenüber, das vom Subjekt als Denkendem verlangt, das Allgemeine der Handlung gewusst und gewollt zu haben.[276] Im Kontext der Zurechnung sollte Letzteres Vorrang geniessen, wodurch dem handelnden Subjekt die Ehre zu teil werde, als Denkender anerkannt zu werden.[277] Eine Ausnahme machte *Hegel* aber bei Kindern, «Blödsinnigen» und «Verrückten», weil (und soweit) deren Zustände den Charakter des Denkens und der Willensfreiheit aufheben und es daher zulässig sei, das handelnde Subjekt nicht als Denkenden anzusehen.[278] 64

Das dritte für die Zurechnung relevante Moment ist die *Einsicht in den Wert der Handlung,*[279] bei der es – bezogen auf die Kontexte des Strafrechts[280] – um die Einsicht in das Unrecht geht.[281] Auch hier kommt es zunächst auf die subjektive Perspektive des Handelnden an, weshalb ihm die Handlung nach seiner Kenntnis ihres Werts «als rechtlich oder unrechtlich, gut oder böse, gesetzlich oder ungesetzlich zugerechnet werde».[282] Diesem Recht des subjektiven Willens wird abermals das Recht der Objektivität gegenübergestellt: 65

> «Das Recht, nichts anzuerkennen, was Ich nicht als vernünftig einsehe, ist das höchste Recht des Subjekts, aber durch seine subjektive Bestimmung zugleich *formell*, und das *Recht des Vernünftigen* als des Objektiven an das Subjekt bleibt dagegen fest stehen.»[283]

Hegel nimmt in diesem Zusammenhang ausdrücklich Bezug auf die *gerichtliche Zurechnung,* bei der das Recht der Einsicht nur als Einsicht in das Gesetzliche oder Ungesetzliche gelte.[284] Ähnlich wie bei der Absicht wird dem handelnden Subjekt durch seine ihm «innewohnende intelligente Natur» die 66

276 *Hegel,* Grundlinien, § 120: «Das *Recht der Absicht* ist, daß die *allgemeine Qualität* der Handlung nicht nur *an sich* sei, sondern von dem Handelnden *gewußt* werde, somit schon in seinem subjektiven Willen gelegen habe; so wie umgekehrt, das Recht der *Objektivität* der Handlung [...] ist, sich vom Subjekt als *Denkendem* als gewußt und gewollt zu behaupten»; ferner *ders.,* Hotho Nachschrift, 371; dazu auch *Seher,* Zurechnung, 215.

277 *Hegel,* Hotho Nachschrift, 371.

278 *Hegel,* Grundlinien, § 120; *Seher,* Zurechnung, 215 mit Fn. 85.

279 Vgl. *Hegel,* Grundlinien, Zusatz zu § 114, § 132.

280 Die Einsicht in das Gesetzliche oder Ungesetzliche bildet freilich nur eine Dimension der Einsicht in den Wert der Handlung, auf die es in der *gerichtlichen Zurechnung* aber vorrangig ankommt. Vgl. *Hegel,* Grundlinien, § 132.

281 Vgl. *Schild,* ZphF 35 (1981), 462; *Seelmann,* SB Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, 104; *ders.,* SB Zurechnung, 86; dazu ferner *Seher,* Zurechnung, 216 f.

282 *Hegel,* Grundlinien, § 132; dazu *Seher,* Zurechnung, 131 f.

283 *Hegel,* Grundlinien, § 132.

284 *Hegel,* Grundlinien, § 132; vgl. auch *Schild,* ZphF 35 (1981), 462 und *Seher,* Zurechnung, 217 Fn. 92, die darauf hinweisen, dass Hegel hier auf die Sittlichkeit vorgreife.

Berufung auf die fehlende Einsicht in das Unrecht der Handlung verwehrt.[285] Vielmehr wird das Subjekt wiederum als Denkender anerkannt, der Kenntnis von Recht und Unrecht zu haben hat.[286] Einschränkungen ergeben sich hier wiederum für nicht zurechnungsfähige Subjekte.[287]

67 *Hegels* Handlungstheorie übte im 19. Jahrhundert, vermittelt durch *Abegg, Berner* und *Köstlin,* grossen Einfluss auf die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik aus. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die eben genannten Hegelianer lediglich Bausteine aus *Hegels* Theorie herausgriffen, anstatt diese insgesamt auf ein System des Strafrechts anzuwenden.[288]

II. Die Ursprünge der objektiven Zurechnung im Strafrecht

68 Die Anfänge der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung sind nicht bei *Almendingen,* sondern in den späten Zwanziger- und frühen Dreissigerjahren des vergangenen Jahrhunderts zu suchen. Der Begriff der «objektiven Zurechnung» erschien hier zuerst im Jahr 1927 in der von Karl *Larenz* verfassten Untersuchung über *Hegels* Zurechnungslehre.[289] Drei Jahre später griff Richard *Honig* die Überlegungen von *Larenz* auf und entwickelte sie in einem spezifisch strafrechtlichen Kontext weiter.[290] Bevor nun aber auf die Schriften von *Larenz* und *Honig* eingegangen wird, die gemeinhin als unmittelbare Vorläufer der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung angesehen werden, soll zunächst ein Bild des damaligen Standes der Verbrechenslehre gezeichnet werden. Dies ist für ein tieferes Verständnis der Materie insofern bedeutsam, als in den vergangenen hundert Jahren nicht nur der Aufbau des Verbrechenssystems abgeändert wurde, sondern sich auch das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gewandelt hat.

A. Der Stand der Verbrechenslehre im frühen 20. Jahrhundert

1. Vom «klassischen» zum «neoklassischen» Verbrechenssystem

69 Um die Wende zum 20. Jahrhundert erscheint die Lehre von der Straftat erstmals in einem geschlossenen System, das auf den heute noch tragenden Begriffen

285 *Hegel,* Grundlinien, § 132.

286 *Seher,* Zurechnung, 217.

287 *Hegel,* Grundlinien, § 132.

288 *Seher,* Zurechnung, 230; kritisch auch *Schild,* ZphF 35 (1981), 462.

289 *Larenz,* Zurechnungslehre, 50 ff.

290 *Honig,* FS Frank, 174 ff.

der Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld aufbaut.[291] Geprägt wurde das klassische Verbrechenssystem insbesondere durch ein an den Naturwissenschaften orientiertes Wissenschaftsverständnis.[292] Ausgehend von diesem auf das Empirische fokussierende Verständnis von Wissenschaftlichkeit verlor der freie Wille seine vormals tragende Bedeutung. Nach dem naturalistischen Handlungsbegriff ist eine Handlung «die auf menschliches Wollen zurückführbare Bewirkung einer Veränderung der Aussenwelt».[293] Die Handlung setzt dabei keinen freien Willen mehr voraus, sondern lediglich Willkür, womit die «bewusste und gewollte Erregung der motorischen Nerven» gemeint ist.[294] Auch für das Unrecht hatte die innere Einstellung der handelnden Person zur Tat keine Bedeutung, denn sowohl die Tatbestandsmässigkeit als auch das Unrecht wurden rein objektiv bestimmt.[295] Anders als heute wurden Vorsatz und Fahrlässigkeit in diesem System nicht als (personale) Unrechtsmerkmale angesehen, sondern als Schuldformen.[296] An die Stelle des freien Willens, der zuvor das Band zwischen dem Handelnden und seiner Tat gebildet hatte, trat auf der Ebene des Tatbestandes der Kausalzusammenhang.[297]

70 Im Verlauf der 1920er-Jahre wurde das positivistische Weltbild des Naturalismus zunehmend durch die Erkenntnistheorie des Neukantianismus in Frage gestellt, welche die Eigenständigkeit des normativen Denkens gegenüber dem Empirischen betonte.[298] Dadurch veränderten sich auch das Selbstverständnis und als Folge dessen auch die Methodik der Strafrechtswissenschaft. Für die Verbrechenslehre bedeutet dies, dass Lösungen für inhaltliche Probleme nicht mehr durch empirische Begriffe und formaljuristische Schlussfolgerungen, sondern durch eine Orientierung an den dem Strafrecht zugrundeliegenden Werten und Zwecken erschlossen werden sollten.[299] Diese neue

291 Komplettiert wurde das System durch die Einführung des Begriffs des Tatbestandes durch *Beling,* Lehre vom Verbrechen, 110 ff.; vgl. dazu auch MK³-*Freund,* vor § 13 N. 5; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 7 N. 12; *Vormbaum,* Moderne Strafrechtsgeschichte⁴, 137.

292 Dazu *Seher,* Zurechnung, 282 f.; vgl. auch *Schünemann,* SB Grundfragen des Strafrechtssystems, 20 f.

293 v. *Liszt,* Strafrecht⁴, 128; leicht modifiziert *ders.,* Strafrecht¹¹, 102: «Handlung ist die willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung der Aussenwelt.»

294 v. *Liszt,* Strafrecht², 1884, 105.

295 *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 19 f.; ferner *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 7 N. 15.

296 *Jescheck/Weigend,* AT⁵, 202.

297 *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 21; *Seher,* Zurechnung, 284 f.

298 *Seher,* Zurechnung, 358 mit Hinweis auf *W. Sauer,* Grundlagen des Strafrechts, 24; *Jescheck/Weigend,* AT⁵, 204 f.; *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 25 ff.

299 Vgl. *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 25 ff.; *Jescheck/Weigend,* AT⁵, 204.

Ausrichtung der Strafrechtsdogmatik an Zwecken und Werten führte nach und nach auf allen Stufen der Verbrechenslehre zu Umbildungsprozessen, die schliesslich im Übergang vom «klassischen» zum sog. «neoklassischen» System mündeten.[300] Dieser Wandel hat sich indes nicht in einem grundlegenden Umbau des Systems niedergeschlagen, sondern ist vielmehr als eine systemimmanente Reform zu sehen, deren Bedeutung alleine mittels eines Blicks auf den Verbrechensaufbau nicht vollständig nachvollzogen werden kann.[301]

71 Die Trennung zwischen objektivem Unrecht und subjektiver Schuld wurde im neoklassischen Verbrechenssystem dem Grundsatz nach beibehalten. Die Einsicht, dass sich das Unrecht bestimmter Delikte nicht ohne Bezugnahme auf innere Begebenheiten begründen lässt, führte aber zur Anerkennung besonderer subjektiver Unrechtsmerkmale.[302] Umgekehrt gelangte man mit Blick auf den damals auf der Schuldebene verorteten Notstand zur Erkenntnis, dass die Schuld nicht alleine durch innere Umstände bestimmt wird, sondern auch von äusseren Umständen abhängt. Diese punktuellen Durchbrechungen der unter der klassischen Verbrechenslehre noch rigoros aufrechterhaltenen Trennung zwischen objektivem Unrecht und subjektiver Schuld hatte zur Folge, dass die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld nicht mehr mit dem psychologischen Schuldbegriff begründet werden konnte. An seine Stelle trat deshalb der von *Frank* begründete normative Schuldbegriff,[303] der auch heute noch Gültigkeit hat.[304]

2. Der Kausalzusammenhang als Dreh- und Angelpunkt des klassischen Verbrechenssystems

72 Geprägt durch das naturwissenschaftliche Denken rückte im klassischen Verbrechenssystem der Kausalzusammenhang ins Zentrum des strafrechtsdogmatischen Interesses.[305] Das tatbestandliche Unrecht erschöpfte sich bei Erfolgsdelikten, wie etwa den Tötungs- oder Körperverletzungstatbeständen, im Wesentlichen in der Feststellung eines Kausalzusammenhanges zwischen der durch einen Willensimpuls angestossenen Körperbewegung der beschuldigten Person und dem Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs.[306]

300 MK[3]-*Freund*, vor §13 N. 7 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT[5], 204; *Seher*, Zurechnung, 358.

301 *Jescheck/Weigend*, AT[5], 204.

302 Dazu *Roxin/Greco*, AT I[5], §7 N. 16 m.w.N.

303 *Frank*, FS Giessen, 521 ff.

304 *Seelmann/Geth*[6], N. 209 ff. (ebenso *Geth*[7], N. 209).

305 *Seher*, Zurechnung, 284 f.; *Schünemann*, SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 21.

306 Vgl. *Schünemann*, SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 19 ff.

Anders als heute waren subjektive Momente wie das Wissen und der Wille der beschuldigten Person im Tatzeitpunkt für das Unrecht unerheblich: Vorsatz und Fahrlässigkeit wurden als «Schuldformen» angesehen.[307] Damit bildeten Vorsatz und Fahrlässigkeit zwar auf der Ebene der Schuld Voraussetzungen für die Strafbarkeit, ihnen kam aber keine Bedeutung bei der Bestimmung der Tatbestandsmässigkeit oder Rechtswidrigkeit zu. Ausgeschlossen werden konnte das Unrecht im Falle einer kausalen Herbeiführung des Taterfolges nur noch durch das objektive Vorliegen eines besonderen Rechtfertigungsgrundes.[308] Aufgrund der tragenden Rolle, die dem Kausalzusammenhang innerhalb des Tatbestandes zukam, erstaunt es kaum, dass sich die Strafrechtswissenschaft Anfang des 20. Jahrhunderts besonders mit der Frage nach dem «richtigen» Kausalitätsbegriff beschäftigte.

a. Äquivalenztheorie

73 Nach der von *v. Buri* durchgesetzten[309] und etwa von *v. Liszt* übernommenen[310] Äquivalenztheorie ist von der Gleichwertigkeit aller Bedingungen auszugehen, weshalb jede notwendige Bedingung für den Eintritt des Erfolges eine Ursache sei.[311] Im Vergleich zum «philosophischen» Kausalitätsbegriff von *Mill,* wonach alle notwendigen Bedingungen gemeinsam eine Gesamtursache bildeten,[312] hatte die Äquivalenztheorie zwar den Vorteil, dass einzelne Bedingungen einer rechtlichen Beurteilung zugänglich gemacht werden konnten.[313] Indem aber alle notwendigen Bedingungen zu Ursachen erklärt wurden, erfasste der Kausalitätsbegriff der Äquivalenztheorie auch ganz entfernte, intuitiv aus rechtlicher Sicht unwesentlich erscheinende Bedingungen. Der wohl bekannteste Hinweis auf diese Schwäche der Äquivalenztheorie ist jener, dass nach der Äquivalenztheorie auch die Eltern des Mörders den Tod des Mordopfers verursacht haben, da die Zeugung des Mörders eine notwendige Bedingung *(conditio sine qua non)* für den Tod seines Opfers ist.[314] Aufgrund

307 Dazu *Jescheck/Weigend,* AT[5], 202 f.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 7 N. 15; *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 20.

308 Vgl. *Jescheck/Weigend,* AT[5], 202; *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 20 f.

309 *v. Buri,* Causalität, 1 ff.; eingehend zur Entstehung der Äquivalenztheorie *Haas,* Kausalität, 144 ff.

310 *v. Liszt,* Lehrbuch[4], 132 ff.; *ders.,* Lehrbuch[16], 126; ebenso *v. Liszt/Schmidt,* Lehrbuch[25], 157.

311 *v. Buri,* Causalität, 3 ff.

312 *Mill,* System der deduktiven und induktiven Logik, 15 ff.

313 *Seher,* Zurechnung, 290 f.

314 Vgl. *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 5; *Geth*[7], N. 106.

dieser Uferlosigkeit wurde die Äquivalenztheorie von vielen zeitgenössischen Autoren als schlicht unbrauchbar erachtet.[315] Dabei ist daran zu erinnern, dass die klassische Verbrechenslehre noch keine subjektiven Unrechtsmerkmale kannte.[316] Ein willkürliches Verhalten, welches den tatbestandlichen Erfolg verursachte, war demnach als tatbestandsmässig und rechtswidrig zu qualifizieren, sofern kein besonderer Rechtfertigungsgrund eingriff. Deswegen wurde versucht, diese Schwäche der Äquivalenztheorie durch neue Ansätze zur Formulierung des Kausalitätsbegriffes zu beheben. Einigkeit bestand zwar weiterhin dahingehend, dass Ursache eines Erfolges nur sein kann, was eine notwendige Bedingung für dessen Eintritt war. Nun suchte man aber nach Kriterien, um eine Unterscheidung zwischen rechtlich indifferenten Bedingungen und rechtlich relevanten Ursachen zu treffen.[317]

b. Bemühungen zur Einschränkung des Kausalitätsbegriffes

74 Zu diesen den Ursachenbegriff einschränkenden Kausalitätstheorien zählen zunächst die sog. Effizienztheorien,[318] die – wie die Äquivalenztheorie – zu den mechanistischen Kausalitätstheorien zählen, weil ihr Kausalitätsbegriff auf einer messbaren Beziehung zwischen Bedingung und Erfolg basiert.[319] Nach diesen sog. Effizienztheorien sollen nur die wirksamsten Bedingungen als Ursachen gelten.[320] Sie scheiterten aber letztlich daran, dass sie keine praktikablen Kriterien zu liefern vermochten, anhand deren über die Wirksamkeit von Bedingungen entschieden werden konnte.[321]

75 Neben den mechanistischen Effizienztheorien existierten sodann die normativistischen Kausalitätstheorien, die normative Kriterien in den Kausa-

315 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 4 f. sah die Ergebnisse der Äquivalenztheorie als dem «gesunden Menschenverstand» widersprechend an; *Birkmeyer,* GerS 37 (1885), 271 warf der Äquivalenztheorie vor, sie führe zu «geradezu unsinnigen Resultaten»; *W. Sauer,* Grundlagen des Strafrechts, 38 erachtete die Äquivalenztheorie für «unbrauchbar» als Ausgangspunkt des Strafrechtssystem; kritisch ferner *Merkel,* Lehrbuch, 97 ff.

316 Dazu oben N. 69.

317 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 74; *Seher,* Zurechnung, 291.

318 *Binding,* Normen I[1], 40 ff.; *ders.,* Normen I[3], 113 ff.; *Birkmeyer,* GerS 37 (1885), 272 ff. Die von *Binding* und *Birkmeyer* vertretenen Kausalitätstheorien werden auch als individualisierende Kausalitätstheorien bezeichnet, weil sie nur den Einzelfall in Betracht ziehen. Referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 77; *Traeger,* Kausalbegriff, 80 ff.

319 Zum Begriff der mechanistischen Kausalitätstheorien *Seher,* Zurechnung, 292.

320 *Birkmeyer,* GerS 37 (1885), 272 ff.; *Binding,* Normen I[1], 40 ff.; *ders.,* Normen I[3], 112 ff.

321 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 77; *Koriath,* Kausalität und objektive Zurechnung, 36, 117; *Frank,* Strafgesetzbuch[18], 12; *Seher,* Zurechnung, 295 ff.; *Traeger,* Kausalbegriff, 84 und 91 f.

litätsbegriff aufnahmen.[322] Die früheste dieser normativistischen Kausalitätstheorien wurde 1871 von *v. Bar* formuliert.[323] Sie wird teilweise als Vorläuferin der Adäquanztheorie angesehen,[324] weil sie die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes als Kausalitätserfordernis einführt:

> «[E]in Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmäßig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.»[325]

76 Der (juristische) Kausalitätsbegriff wird bei *v. Bar* jedoch keineswegs ausschliesslich probabilistisch, sondern insbesondere auch durch teleologische Erwägungen bestimmt.[326] Er ging nämlich davon aus, dass bei vielen Tätigkeiten die Herbeiführung eines Erfolges möglich oder gar wahrscheinlich erscheine, die Ausübung dieser Tätigkeiten aber gleichwohl keine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen könne.[327] Als Beispiel nannte *v. Bar* unter anderem das Ausführen einer Notoperation, ohne die die verletzte und bewusstlose Person binnen wenigen Stunden sterben würde. Führe die operierende Person den Eingriff nach den Regeln der Kunst aus, sterbe die verletzte Person aber dennoch an den Folgen der Operation und nicht der Verletzung, so sei die strafrechtliche Verantwortlichkeit der operierenden Person zu verneinen, weil es vernünftig sei, das ohne Operation in Kürze endende Leben für eine, wenn auch geringere Chance auf Rettung zu riskieren.[328]

77 In Zusammenhang mit Gewerbebetrieben erwog *v. Bar* sodann, dass das Leben ein gewisses Risiko verlange und übertriebene Sorgfaltsregeln, die einen Schaden allerdings in einzelnen Fällen verhüten könnten, die Möglichkeit jedes Gewerbebetriebes ausschliessen würden.[329] Weil er solche Gewerbebetriebe als notwendig erachtete, gelangte *v. Bar* zum Ergebnis, dass der Betrieb eines Gewerbes, trotz der statistisch damit verbundenen Gefahren, nicht als *Ursache* für die dadurch herbeigeführten Schäden anzusehen sei, sofern alle «regelrechten» Vorsichtsmassregeln eingehalten würden:

---

322 Zum Begriff der normativistischen Kausalitätstheorien *Seher,* Zurechnung, 298.

323 Zur Unterscheidung von Bedingungen und Ursachen *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 5 ff.

324 Siehe *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 238 ff.; *Gimbernat Ordeig,* Inadäquate Handlungen, 33 m.w.N (=Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 27).

325 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 12.

326 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 12 ff.

327 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 13.

328 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 14.

329 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 13.

> «Sofern solche Einrichtungen mit allen regelrechten Vorsichtsmassregeln versehen, einem regelmässigen Bedürfniße unseres Lebens entsprechen, kann gar nicht davon die Rede sein, dass ihr Urheber auch die dadurch veranlassten Unglücksfälle verursacht habe.»[330]

78 Aufgrund dieser Überlegungen wird gemeinhin davon ausgegangen, dass sich *v. Bar* als Erster mit Gedanken des «erlaubten Risikos» auseinandergesetzt habe.[331] Doch gerade wegen der Verflechtung von probabilistischen und normativen Kriterien, wovon Letztere unter Bezugnahme auf subjektive Elemente bestimmt wurden,[332] erlangte *v. Bars* Theorie als Kausalitätstheorie kaum Bedeutung.[333]

c. Theorien der adäquaten Kausalität

aa) *Subjektive Fassung der Adäquanztheorie*

79 Weitaus erfolgreicher als die Theorie *v. Bars* war hingegen die von *v. Kries* entwickelte Adäquanztheorie,[334] die (in modifizierter Form) in der Schweiz sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht Eingang in Lehre und Rechtsprechung gefunden hat.[335] Nach *v. Kries* sollen nur solche Verhaltensweisen ursächlich sein, die eine allgemeine Tendenz zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolgs aufweisen.[336] Was damit gemeint ist, illustriert er anhand des Beispiels eines Fuhrmannes, der während der Fahrt einschläft, wodurch sein Gefährt zu stehen kommt: Schlägt an genau dieser Stelle ein Blitz ein und tötet den Reisenden, den der Fuhrmann befördern sollte, so bestünden keine Zweifel, dass der Kutscher eine notwendige Bedingung für den Erfolg gesetzt habe: Wenn der Kutscher während der Fahrt nicht eingeschlafen wäre, hätte sich der Wagen zur Zeit des Gewitters an einer anderen Stelle befunden und der Reisende wäre somit unversehrt geblieben. Dennoch könne hier kein allgemeiner Zusammenhang zwischen dem Verhalten des

---

330 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 14.

331 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 76; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 15; *Rehberg,* Lehre vom Erlaubten Risiko, 21; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 30; *Seher,* Zurechnung, 302 Fn. 77.

332 Siehe *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 81, wonach im Falle der *aberratio ictus* von einer «gebrochenen» Kausalität auszugehen sei; kritisch *v. Buri,* Causalität, 2 ff.

333 *Seher,* Zurechnung, 302 f. bemerkt, dass es sich dabei weniger um eine naturalistische Kausalitätstheorie handelt als um eine «modisch gewandete Zurechnungstheorie».

334 *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 200 ff. und 222 ff.; *ders.,* ZStW 9 (1889), 529.

335 Zur «adäquaten Kausalität» im Strafrecht anstelle vieler BGE 120 IV 300 E. 3e; zum Zivilrecht 142 III 433 E. 4.1 ff.; vgl. ferner *Hurtado Pozo,* N. 505 ff.; *Riklin,* AT³, § 13 N. 33 ff.; *Stratenwerth,* AT I⁴, § 9 N. 25; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT⁷, 84; kritisch *Seelmann/Geth*⁶, N. 109 (ebenso *Geth*⁷, N. 109); ablehnend Gmür, 99 ff; 107 ff. und 150.

336 *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 201; *ders.,* ZStW 9 (1889), 531; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 39.

Kutschers und dem Erfolg angenommen werden, da ein Reisender ebenso vom Blitze getroffen werden könne, wenn der Kutscher wachsam sei. Anders liege die Sache aber etwa dann, wenn der Wagen umgekippt wäre und der Reisende auf diese Weise verletzt worden wäre; das Einschlafen sei ganz allgemein geeignet, einen Unfall, wie das Umwerfen des Wagens, herbeizuführen. Insofern bestünde in diesem Fall nicht nur ein individueller, sondern auch ein zu verallgemeinernder ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Erfolgseintritt.[337] *V. Kries* verkennt dabei nicht, dass seine Theorie unvermeidbar gewisse Unschärfen aufweist. So lässt sich etwa der Grad der für die Feststellung der allgemeinen Tendenz zur Erfolgsherbeiführung erforderlichen Generalisierung nicht abstrakt bestimmen.[338] Auch die genauen Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes, der darüber entscheidet, ob ein Verhalten den Erfolg adäquat oder bloss zufällig herbeigeführt hat, bleiben letztlich im Dunkeln.[339]

80 Im Vergleich zum heutigen Verständnis der Adäquanz erscheint sodann bemerkenswert, dass *v. Kries* für die Beurteilung, ob ein Verhalten hinsichtlich der Herbeiführung des Erfolges adäquat sei, es also eine generelle Eignung oder allgemeine Tendenz zur Herbeiführung des besagten Erfolges habe, auf einen rein subjektiven Massstab abstellen will.[340] Er begründet dies damit, dass die Schuld des Handelnden nur bei subjektiver Voraussehbarkeit

337 Siehe *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 201.

338 *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 216 ff. und 234 f.; *ders.,* ZStW 9 (1889), 534; dazu auch *Engisch,* Kausalität, 43. Die Schwierigkeiten in Zusammenhang mit dem Grad der Generalisierung werden beim in der Schweiz bekannten «Motormäherfall» deutlich. In BGE 86 IV 153 hatte das Bundesgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem der Führer eines Lastwagens mit überhöhter Geschwindigkeit auf einer schneebedeckten Strasse unterwegs war und dabei den Rechtsvortritt eines kleineren Lieferwagens missachtete, wodurch es zur Kollision der beiden Fahrzeuge kam. Dabei wurde der auf der Ladefläche des Lieferwagens transportierte und nicht hinreichend gesicherte Motormäher nach vorne geschleudert, wobei ein Eisennocken des Mähers den Fahrersitz durchbohrte und dem Fahrer des Lieferwagens tödliche Rückenverletzungen zufügte. Das Bundesgericht bejahte die adäquate Kausalität, da es für die adäquate Kausalität einzig darauf ankomme, dass die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Fahrweise nach allgemeiner Lebenserfahrung geeignet sei, den Tod eines Menschen herbeizuführen. Würde man hinsichtlich des Erfolges den Grad der Generalisierung herabsetzen und fragen, ob diese Fahrweise eine allgemeine Tendenz habe, eine andere Person dadurch zu töten, dass ein ungenügend gesicherter Motormäher sich durch den Fahrersitz bohre und so die entscheidenden Verletzungen zufüge, so würde man womöglich zu einem anderen Ergebnis gelangen.

339 *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 236 ff.; *ders.,* ZStW 9 (1889), 533; *Liepmann,* GA 52 (1905), 361; *Seher,* Zurechnung, 305.

340 *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 228 ff. will dabei nicht nur diejenigen Tatsachen berücksichtigen, um die der Handelnde tatsächlich wusste, sondern auch diejenigen, die für ihn zumindest erkennbar waren. Als «subjektive Fassung» wurde *v. Kries*' Adäquanztheorie zunächst von *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 31 bezeichnet; ähnlich *Liepmann,* GA 52 (1905), 341; vgl. dazu auch *Seher,* Zurechnung, 306 mit Fn. 103.

des Erfolges bejaht werden könne. Dadurch verquickt er die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten und dem Erfolg mit jener nach der Schuldhaftigkeit der Handlung, was im Widerspruch zur zeitgenössischen Strafrechtsdogmatik steht.[341] Die subjektive Fassung der Adäquanztheorie vermochte sich ob der Kritik an ihrem subjektiven Massstab nicht durchzusetzen.[342]

bb) *Die objektiven Fassungen der Adäquanztheorie*

81 In der Folge entwickelten *Rümelin* und *Traeger* Varianten der Adäquanztheorie, die anstelle der rein psychologischen, von der Perspektive des Handelnden ausgehenden Betrachtung einen objektiven Beurteilungsmassstab anwenden wollen.[343] *Rümelin* wollte für das Adäquanzurteil auf eine objektive nachträgliche Prognose abstellen, bei der alle zum Zeitpunkt der Tat bereits vorliegenden Umstände berücksichtigt werden sollen.[344] Damit sollten auch Umstände berücksichtigt werden, die für den Handelnden gar nicht erkennbar waren, sondern erst *ex post* bekannt wurden, entscheidend ist nur, dass sie im Zeitpunkt der Tat vorgelegen haben.[345] Auch diese objektive nachträgliche

341 Dazu *Seher,* Zurechnung, 307 f., der darauf hinweist, dass die Adäquanztheorie ursprünglich gar keine Kausalitätstheorie, sondern vielmehr eine Schuldtheorie sei, was in ihrer Rezeption aber bis auf drei Ausnahmen kaum Erwähnung finde. Als Ausnahmen nennt *Seher,* a.a.O, 3 Fn. 117: *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 31 ff.; *Traeger,* Kausalbegriff, 133 f. und *Liepmann,* GA 52 (1905), 341 ff.

342 *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 34; *Träger,* Kausalbegriff, 132; *Gmür,* Kausalzusammenhang, 89.

343 *Rümelin,* AcP 90 (1900), 179 ff.; *Traeger,* Kausalbegriff, 159 ff.

344 *Rümelin,* AcP 90 (1900), 189. Am besten auf den Punkt gebracht wird *Rümelin*s Massstab bei *Radbruch,* 1902, 57: Für das Kausalurteil seien «alle zur Zeit der Tat (ex ante) vorliegenden *ex post* dem Richter erkennbaren Bedingungen» relevant. Vgl. auch *Liepmann,* GA 52 (1905), 347 und *Seher,* Zurechnung, 311.

345 *Rümelin,* AcP 90 (1900), 189. Damit weicht der von *Rümelin* verwendete Begriff der «objektiv nachträglichen Prognose» wesentlich von dem ab, was heute in der deutschen Strafrechtsliteratur unter eben diesem Begriff verstanden wird. Etwa bei *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 wird der Begriff der «objektiv nachträglichen Prognose» verwendet, wobei aber eine objektivierte *ex ante*-Beurteilung gemeint ist (ebenso *Greco,* ZStW 117 (2005), 519; *Rengier,* AT[11], §13 N. 54; verwendet wird der Begriff auch bei *Jakobs,* AT[2], 7/32; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 40 mit Fn. 155; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131 mit Fn. 503, die ihn aber als ungenau kritisieren). Die heutige abweichende Verwendung des Begriffs objektive nachträgliche Prognose, mit der eigentlich eine *ex ante*-Beurteilung gemeint ist, geht auf soweit ersichtlich zurück auf *v. Liszt,* Lehrbuch[2], 191, der den Begriff der «nachträglichen Prognose» in Zusammenhang mit der Versuchsdogmatik verwendete. Anders als *Rümelin,* AcP 90 (1900), 189 f. ging *v. Liszt,* Lehrbuch[2], 191 aber gerade nicht von einem objektiven Massstab aus. Im Zusammenhang mit der Kausalität griff *v. Hippel,* Verbrechen, 148 den Begriff der «nachträglichen Prognose» im Jahr 1930 wieder auf, um einen Massstab zu beschreiben, der fragen sollte: «Was wußte der Täter damals und welche Tatsachen waren damals

Prognose blieb nicht ohne Kritik: Gegen sie wurde ins Feld geführt, das Möglichkeitsurteil werde mit diesem Massstab «in den meisten Fällen völlig überflüssig; jede Bedingung wäre ohnedies als adäquate gekennzeichnet und zwar mit dem denkbar höchsten Möglichkeitsgrade, nämlich als allgemein notwendige».[346] Die von *Rümelin* vertretene Variante der Adäquanztheorie führt zwar – entgegen ihren Kritikern[347] – nicht dazu, dass der Handelnde ohne Weiteres für den von ihm verursachten Erfolg verantwortlich gemacht werden muss.[348] Zu beachten ist jedoch, dass *Rümelins* Theorie entgegen dem Grundgedanken der Adäquanztheorie den Boden einer generalisierenden Kausalitätstheorie weitgehend verlässt: Sind nämlich *ex post* alle zur Zeit der Tat gegebenen Umstände zu berücksichtigen, so kommt es nicht mehr darauf an, ob ein bestimmtes Verhalten generell geeignet ist, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, sondern nur darauf, ob es im konkreten Fall, unter allen *ex post* zu berücksichtigenden Bedingungen, dazu geeignet war.[349] Ob dies auch den Vorwurf legitimiert, dass Rümelin mit seiner Variante der Adäquanztheorie zur Äquivalenztheorie zurückkehre, sei dahingestellt.[350] *Rümelin* machte sich auch Gedanken zum erlaubten Risiko: Im Gegensatz zu *v. Bar* erkannte er aber, dass es sich dabei nicht um ein Problem der Kausalität handelt, und verortete das erlaubte Risiko stattdessen bei der Rechtswidrigkeit.[351]

82 *Traeger* schlug in seiner umfassenden Untersuchung des Kausalbegriffes einen Mittelweg ein: Er vertrat eine objektive Fassung der Adäquanztheorie, bei der für das Möglichkeitsurteil das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen sei und alle Bedingungen vorauszusetzen seien, die im Zeitpunkt der

außerdem für verständiges Urteil erkennbar?» Ein Jahr später brachte *Engisch,* Kausalität, 56 Fn. 2 den Begriff der «objektiv nachträglichen Prognose» mit dem von *Traeger,* Kausalbegriff, 159 ff. vertretenen objektivierten *ex ante*-Massstab (dazu unten N. 82) in Verbindung. Seither wird der Begriff der «objektiv nachträglichen Prognose» vorrangig in diesem Sinn verwendet.

346 So *Traeger,* Kausalbegriff, 138; in diese Richtung auch *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 41 f.; *Gmür,* Kausalzusammenhang, 90. Kritisch auch *Seher,* Zurechnung, 312 f., der offenbar davon ausgeht, dass nach diesem Massstab nur noch solche Kausalverläufe inadäquat erscheinen, die nicht erklärt werden können.

347 So etwa *Traeger,* Kausalbegriff, 144 f., der sich dabei auf den sog. «Fall Thomas» bezieht: Beim Beladen eines Schiffes fällt ein vermeintlich mit Kaviar gefülltes Fass zu Boden. Weil das Fass aber mit Sprengstoff gefüllt ist, explodiert es und reisst mehrere Dutzend Hafenarbeiter in den Tod.

348 Dazu *Seher,* Zurechnung, 312.

349 *Seher,* Zurechnung, 312 f., der davon ausgeht, dass nach diesem Massstab nur noch diejenigen Kausalverläufe als inadäquat ausgewiesen werden können, die nicht erklärt werden können.

350 So aber *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 42 und 46; zustimmend *Seher,* Zurechnung, 313 Fn. 148.

351 *Rümelin,* AcP 90 (1900), 219.

Begehung dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren oder der Täter:in selbst bekannt waren.[352] Im Gegensatz zu *Rümelin* durften also Umstände, die zwar *ex post* bekannt wurden, aber *ex ante* weder dem einsichtigsten Dritten noch der Täter:in selbst bekannt sein konnten, nicht berücksichtigt werden.[353] Gewisse objektiv gegebene Umstände sollten damit unberücksichtigt bleiben, im Vergleich zu *v. Kries'* subjektiver Fassung handelte es sich aber gleichwohl um ein objektiviertes Urteil, weil er auf das gesamte Erfahrungswissen des einsichtigsten Menschen abstellen wollte. Die Berücksichtigung des Sonderwissens der Täter:in begründete *Traeger* damit, dass die Täter:in per Zufall von unwahrscheinlichen Umständen erfahren könne, die selbst der einsichtigste Mensch nicht in Betracht ziehen würde.[354] Dadurch würde das Adäquanzurteil aber nicht zu einem subjektiven Urteil, es bliebe ein objektives, weil es nach wie vor darauf ankomme, ob unter den zu berücksichtigenden Bedingungen die objektive Möglichkeit eines Erfolges in der Art des Eingetretenen generell erhöht werde.[355] Darüber, ob die Berücksichtigung von Sonderwissen innerhalb des objektiven Tatbestandes zulässig ist oder ob dies zu einem Systembruch führt, wird bis heute gestritten.[356]

83 Mit *Traeger* erreichte die Adäquanztheorie in ihrem Dasein als Kausalitätstheorie ihren Höhepunkt. Die Entwicklung der Adäquanztheorie ging jedoch hier jedoch nicht zu Ende. Im Zuge ihrer Weiterentwicklung wurde jedoch bald erkannt, dass die Adäquanztheorie keine Kausalitätstheorie ist, sondern eine Theorie über die normative Bewertung von Verhaltensweisen oder Kausalzusammenhängen.[357] Mit der Betonung der Eigenständigkeit des normativen Denkens gegenüber der empirischen Erfassung von Kausalzusammenhängen wurde der Boden der naturalistischen Strafrechtsdogmatik endgültig verlassen.[358]

352 *Traeger,* Kausalbegriff, 159: «Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst ausserdem noch bekannten.»

353 *Traeger*, Kausalbegriff, 160 f.

354 *Traeger,* Kausalbegriff, 161 f.; dazu auch *Sacher,* Sonderwissen, 32 f.

355 *Traeger,* Kausalbegriff, 162; ähnlich argumentiert in der jüngeren Debatte (dazu unten N 239) auch *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 57 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 57); ferner *Frisch,* FS Roxin, 230; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 278 ff. *Greco,* ZStW 117 (2005), 537 und 553 f.

356 Dazu eingehend unten N. 238 ff.

357 Vgl. *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 30 ff; *Larenz,* Zurechnungslehre, 84; *Honig,* FS Frank, 175 ff.; *Engisch,* Kausalität, 59; *Mezger,* Lehrbuch[3], 122; *ders.*, Grundriss, 48 f.

358 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 358.

3. Unterscheidung zwischen Feststellung und Bewertung des Kausalzusammenhangs

84 Der durch die Erkenntnistheorie des Neukantianismus einsetzende Wandel des strafrechtsdogmatischen Denkens führte unter anderem zur Einsicht in die Eigenständigkeit der normativen Bewertung eines Verhaltens oder Kausalverlaufes gegenüber der Feststellung der Kausalität an sich.[359] Es wurde erkannt, dass der Kausalitätsbegriff nicht geeignet war, um zwischen rechtlich relevanten und rechtlich irrelevanten Verursachungsvorgängen zu unterscheiden, sondern es hierbei wertender Kriterien bedurfte. Auf dieser Einsicht beruht auch die Idee der objektiven Zurechnung, die gegen Ende der 1920er- und Anfang der 1930er-Jahre von *Larenz* und *Honig* entwickelt wurde.[360]

85 Nicht zu übersehen ist aber, dass unter dem Einfluss des neukantianischen Denkens auch andere Autoren normative Theorien zur Bewertung von Verhaltensweisen und Kausalverläufen entfalteten, anhand deren strafrechtlich nicht relevante Verursachungsvorgänge aus dem Tatbestand ausgeschieden werden konnten.[361] Besonders hervorzuheben sind unter diesen Autoren *M.L. Müller* und *Engisch,* die, obwohl sie den Begriff der objektiven Zurechnung in Zusammenhang mit ihren eigenen Theorien nicht verwendeten, massgeblichen Einfluss auf die Entwicklung der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung hatten.

a. Adäquanz als Objektive Rechtsnormwidrigkeit bei *M.L. Müller*

86 *M.L. Müller* wies bereits 1912 darauf hin, dass die Schwierigkeiten bei der Bestimmung rechtlich bedeutsamer Ursachen nicht über den Kausalitätsbegriff zu lösen seien.[362] Den Adäquanztheorien warf er vor, sie seien falsch, sofern sie die Adäquanz als Merkmal des Kausalitätsbegriffes verteidigten und damit Kausalitätstheorien seien.[363] Deren Erfordernis der «vom Standpunkt der Prognose sich ergebenden Erhöhung der Möglichkeit des Erfolges» sei zwar in der Tat ein Erfordernis der meisten Tatbestände, dies sei aber kein Merkmal der *Kausalität,* sondern der *objektiven Rechtsnormwidrigkeit.*[364] Durch die Einführung dieses Kriteriums wandte sich *M.L. Müller* von der bisherigen

359 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 6 f., 30; dazu auch *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 132 ff.

360 *Larenz,* Zurechnungslehre, 50 ff., 60 ff., 84; *Honig,* FS Frank, 174 ff.

361 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 30 ff.; *W. Sauer,* Grundlagen des Strafrechts, 420 ff.; *Engisch,* Kausalität, 52 ff., 59 ff. *Mezger,* Lehrbuch³, 122; *ders.,* Grundriss, 48 f.

362 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 6 f., 30.

363 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 30 mit Hinweis auf *Traeger,* Kausalbegriff, 166.

364 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 30 ff., insb. 32.

Fokussierung auf den Erfolg und dessen Verursachung ab und seinen Blick stattdessen der Frage zu, ob gegen eine «objektiv-rechtliche Norm» verstossen wurde.[365] Verboten werde durch Rechtsnormen, wie etwa dem Tötungsverbot, nicht der Eintritt des Erfolges, sondern bestimmte Verhaltensweisen.[366] Der Hinweis auf den Erfolg diene lediglich dazu, das von der Norm geforderte Verhalten zu bestimmen.[367]

87 Die objektive Rechtsnormwidrigkeit eines Verhaltens kann nach *M.L. Müller* nicht alleine davon abhängen, ob nachträglich ein Erfolg herbeigeführt werde oder nicht. Zu diesem Schluss gelangte er aufgrund folgender Überlegung: In jenem Moment, in dem sich eine Person auf eine bestimmte Weise verhalte, beispielsweise indem sie den Abzug eines Revolvers betätigte, sei der Erfolg noch nicht eingetreten.[368] Das Verhalten könne aber nicht erst nachträglich zu einem verbotenen werden, sondern müsse bereits in jener Situation verboten sein, in der der Erfolg noch ausstehe. Verboten sei ein Verhalten daher nicht aufgrund des nachträglichen Eintritts des Erfolges, sondern weil und soweit es sich im gegenwärtigen Zeitpunkt als mögliche Ursache eines Tötungserfolges darstelle.[369] Mit dem «gegenwärtigen Zeitpunkt» meint *M.L. Müller* den Zeitpunkt der Ausführung: Massgebend für die Bestimmung der objektiven Rechtsnormwidrigkeit sei der Standpunkt der objektiven Prognose.[370]

88 *M.L. Müller* setzte sich sodann näher mit den Anforderungen an die mit dem Verhalten verbundene Möglichkeit der Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolges auseinander. Dabei erwog er zunächst, dass nicht jede beliebige Möglichkeit genügen könne, da vom massgebenden Standpunkt aus jedwedes Verhalten als mögliche Ursache eines tatbestandlichen Erfolges gedacht werden könne.[371] Würde die Verhaltensnorm also an eine Möglichkeit einer Erfolgsherbeiführung anknüpfen, so würde man sich andauernd objektiv normwidrig verhalten.[372] *M. L. Müller* versuchte den Inhalt der

365 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 21 ff. zum Begriff der Rechtsnorm insb. a.a.O. 25: «Die Rechtsnormen sind Anforderungen an Menschen, Sätze, in welchen Menschen das Verursachen oder Nichtverursachen von Erfolgen näher bezeichneter Art von Rechtswegen als Zweck gesetzt wird.»

366 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22.

367 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22, 24. *Seher,* Zurechnung, 362, weist indes zutreffend darauf hin, dass die Normwidrigkeit nicht vollständig von jeglichem Erfolg abgelöst werde.

368 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.

369 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 23.

370 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 23 f. und 28.

371 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 24 f.; ähnlich auch *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82.

372 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 24 f., Gerade unter den zu *M. L. Müllers* Zeiten vorherrschenden klassischen oder neoklassischen Verbrechenssystemen erwiese sich dies als insofern als problematisch, als die subjektive Einstellung der handelnden

Verhaltensnorm daher über deren Zweck zu bestimmen, wobei er davon ausging, dass Verbotsnormen die Nichtverursachung eines bestimmten Erfolges bezwecken.[373] Gegen eine Verbotsnorm verstosse ein Mensch demnach dann, wenn sein Verhalten dem Zweck der Verbotsnorm zuwiderlaufe.[374] Dies setze zunächst voraus, dass das Verhalten die Möglichkeit des Erfolgseintrittes *erhöht* habe.[375] Das für die Bejahung der objektiven Normwidrigkeit erforderliche Mass der Risikoerhöhung konkretisierte *M. L. Müller* anhand des Grades des Risikos, der Wichtigkeit des Normzwecks und des Zwecks der zu beurteilenden Handlung.[376] Im Anschluss an *Rümelin*[377] und *Miřička*[378] griff er dabei auch den Gedanken des erlaubten Risikos auf, den er beim Zweck der zu beurteilenden Handlung berücksichtigte: Für die Zweckbestimmung der Handlung wollte *M.L. Müller* nicht auf den subjektiv von der beschuldigten Person gesetzten Zweck abstellen, sondern auf diejenige Zwecksetzung, die bei üblicher objektiver Betrachtung mit der Handlung verbunden werde.[379]

89 Die von *M.L. Müller* verfasste Untersuchung über die Bedeutung des Kausalzusammenhanges enthält sodann eine weitere wegweisende Überlegung. Bei seinen Erörterungen zum schuldhaften Verursachen, das sich auf die Schuldebene bezieht, weist *M.L. Müller* darauf hin, dass ein objektiv rechtsnormwidriges Verhalten nicht auch subjektiv rechtsnormwidrig sei, wenn der tatsächlich eingetretene Erfolg ausserhalb der Gefahr liege, derentwegen das Verhalten objektiv rechtsnormwidrig war.[380] Was er damit meinte, illustrierte *M.L. Müller* anhand des Beispiels, dass Person A einen schweren Blumentopf derart auf die Fensterbank oberhalb einer belebten Stadtstrasse stellt, dass das Hinabfallen des Topfes sehr leicht möglich ist. Wenn nun der Blumentopf hinabstürze und die Person B, die sich vor dem abstürzenden Topf auf die andere Strassenseite in Sicherheit bringen will, dort von einem herabfallenden

Person zur Verhaltensnorm erst auf der Ebene der Schuld berücksichtigt werden konnte (dazu oben N. 69).

373 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 25 ff.

374 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 26: «Gegen eine Verbotsnorm kann ein Mensch nur dadurch verstoßen, daß er sich jeweilig nicht so verhält, wie es gleichzeitig erforderlich erscheint, damit er einen Erfolg der in der Norm genannten Art nicht verursache.»

375 *Seher,* Zurechnung, 362; vgl. auch *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 126, 134 ff.

376 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 37 f. mit Hinweis auf *Exner,* Wesen der Fahrlässigkeit 199. Siehe zum Ganzen, *Seher,* Zurechnung, 363 f.; ferner *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 131 ff.

377 *Rümelin,* AcP 90, 219 f.

378 *Miřička,* Formen der Strafschuld, 148 ff., 153.

379 *M.L. Müller,* 35 ff., 38 f.; *Seher,* Zurechnung, 363 f.; ferner *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 134 ff.

380 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 56 f.; vgl. auch *Seher,* Zurechnung, 364 f.

Dachziegel erschlagen werde, so werde der Erfolg durch ein rechtsnormwidriges Verhalten der Person A verursacht.[381] Immerhin werde durch das unsichere Aufstellen die Gefahr von Erfolgen, die vom Tötungs- und Körperverletzungsverbot verhindert werden sollen, in nicht unbeachtlicher Weise erhöht. Falls diese Gefahr für die Person A erkennbar war, sei neben der objektiven auch die subjektive Rechtsnormwidrigkeit gegeben. Dennoch habe A den Erfolg nicht objektiv und subjektiv rechtsnormwidrig verursacht, weil der eingetretene Erfolg kein solcher sei, auf den das Verhalten als rechtsnormwidrig bezogen werden könne. Er gehöre nämlich nicht zu den Tötungserfolgen, «mit Rücksicht auf deren Möglichkeit das Verhalten verboten war». Somit trete er nicht «in Verwirklichung der Tötungsgefahr ein, derentwillen das Verhalten des A normwidrig war».[382] Als rechtsnormwidrig war ein Verhalten nach *M.L. Müller* also nur im Hinblick auf spezifische Gefahren anzusehen, und zwar jene, die bei der Vornahme der Handlung zu erwarten waren. Schlägt sich nun aber nicht diese, sondern eine andere Gefahr im tatbestandsmässigen Erfolg nieder, so könne dieser Erfolg nicht als objektiv und subjektiv rechtsnormwidrig und schuldhaft verursachter Erfolg beurteilt werden.[383] Damit sprach er – wenn auch an systematisch merkwürdiger Stelle – als Erster das Problem der Risikoverwirklichung oder aber des Schutzzwecks der Norm an.[384]

b. Adäquanz als Risikoschaffung und -realisierung bei *Engisch*

90 In verschiedener Hinsicht wegweisend waren sodann die Untersuchungen, die *Engisch* 1931 veröffentlichte.[385] Darin wendet er sich zunächst gegen die heute noch verbreitete *conditio sine qua non*-Formel und kritisiert, dass ihre Anwendung die Kenntnis dessen voraussetzt, was durch sie erst ermittelt werden soll.[386] Die Frage, ob der eingetretene Erfolg entfiele, wenn man eine bestimmte Bedingung wegdenke, könne nur beantwortet werden, wenn man bereits weiss, ob die Bedingung den Erfolg hervorgerufen hat.[387] Als methodisches Hilfsmittel schlägt *Engisch* stattdessen die sog. Formel von der

381 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 56 f.

382 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57.

383 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57 f.

384 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 365; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 93 ff. und 101; bei *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 126 und 146 ff. ist hingegen nur von der Risikorealisierung die Rede.

385 *Engisch,* Kausalität, *passim;* dazu eingehend *Seher,* Zurechnung, 374 ff.

386 *Engisch,* Kausalität, 16; vgl. hierzu auch *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 21; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 12.

387 *Engisch,* Kausalität, 16. Als problematisch haben sich solche Fragen insbesondere im Bereich der strafrechtlichen Produktehaftung erwiesen. Dazu *Kuhlen,* Produkthaftung, 63 ff.

gesetzmässigen Bedingung vor. Sie lautet in ihrer kürzesten Form: «Ein Verhalten ist dann Ursache eines Erfolges, wenn dieser Erfolg mit dem Verhalten durch eine Reihe von Veränderungen gesetzmässig verbunden ist.»[388] Bei der Anwendung dieser Formel sollen nach *Engisch* sämtliche *ex post* bekannten Umstände berücksichtigt werden. Für die Ermittlung der Umstände und der gesetzmässigen Zusammenhänge ist freilich auch diese Formel auf exakte wissenschaftliche Methoden angewiesen.[389]

91 Besonders verdient gemacht hat sich *Engisch* sodann um die Weiterentwicklung der Adäquanztheorie. Die Adäquanz versteht er nicht als Merkmal des Kausalitätsbegriffes, sondern als Merkmal der Rechtswidrigkeit, das er systematisch auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit verortet.[390] In *Engischs* zweistufigem Verbrechensaufbau bezeichnet der Begriff der Rechtswidrigkeit – anders als im heute verbreiteten dreistufigen Verbrechensaufbau – keine eigenständige, von der Tatbestandsmässigkeit abzugrenzende Wertungsstufe. Vielmehr betrachtet er alle Rechtswidrigkeitsmerkmale als Tatbestandsmerkmale.[391] Im Gegensatz zum erlaubten Risiko und den Rechtfertigungsgründen, die er als negative Tatbestandsmerkmale betrachtet, sieht *Engisch* die Adäquanz als allgemeines positives Tatbestandsmerkmal an.[392] Zur Begründung knüpft *Engisch* an *M.L. Müllers* Begriff der *objektiven Rechtsnormwidrigkeit* an.[393] Das Erfordernis des Zuwiderhandelns gegen eine Rechtsnorm bringt *Engisch* sodann mit der *Ausserachtlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt* in Verbindung, die er in seinen Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits als Rechtswidrigkeitsmerkmal identifiziert hatte.[394] Diese «erste und einfachste Form der Sorgfalt» verlange die Unterlassung gefährlicher äusserer Handlungen. Für die Qualifizierung eines Verhaltens als gefährlich

388 So *Puppe,* ZStrR 106 (1990), 148 Fn. 9; die umständliche Formulierung bei *Engisch,* Kausalität, 21 lautet: «Ein Verhalten – wir denken zunächst nur an ein positives Tun – erweist sich dann als ursächlich für einen nach einem bestimmten strafgesetzlichen Tatbestand abgegrenzten konkreten (positiven) Erfolg, wenn sich an jenes Verhalten als zeitlich nachfolgend Veränderungen in der Aussenwelt angeschlossen haben, die mit dem Verhalten und untereinander in ihrer Aufeinanderfolge (natur-)gesetzmässig verbunden waren und die ausgemündet sich in irgendeinem Bestandteil des konkreten Sachverhalts, der dem Strafgesetze gemäss als Erfolg abgegrenzt ist (Formel der gesetzmäßigen Bedingung im Gegensatz zur Formel der c.s.q.n.)». Vgl. auch *Jescheck/Weigend,* AT[5], 283; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 22; *Schulz,* FS Lackner, 39 ff.

389 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 15.

390 *Engisch,* Kausalität, 52, 58 f.

391 *Engisch,* Kausalität, 59.

392 *Engisch,* Kausalität, 59; *ders.,* Untersuchungen, 278 und 344.

393 *Engisch,* Kausalität, 59; *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.

394 *Engisch,* Kausalität, 53: «*Rechtsnormwidrig* verhält sich ein Mensch nur dann, wenn er ‹*die objektiv erforderliche Sorgfalt*› zur Vermeidung des von ihm zu vermeidenden Erfolges *ausser acht lässt*.» Vgl. ferner *ders.,* Untersuchungen, 283 ff.

soll auf den Massstab der Adäquanz abgestellt werden, weshalb die Adäquanz in der Rechtsnormwidrigkeit bzw. Ausserachtlassung der objektiv erforderlichen Sorgfalt aufgehe.[395] Zu beachten ist dabei aber, dass *Engisch* für die Bejahung der Adäquanz bereits eine geringe Wahrscheinlichkeit ausreichen lassen will. Ausreichend soll demnach sein, dass ein Verhalten den Erfolg «als nicht schlechthin unwahrscheinliche Folge erwarten lässt».[396]

92 Dass *Engisch* die Adäquanz mit dem Begriff der Sorgfalt in Verbindung bringt, bedeutet indes nicht, dass dieses Merkmal nur beim Fahrlässigkeitsdelikt zur Anwendung gelangen sollte.[397] In der Form der Adäquanz sieht er die Ausserachtlassung der erforderlichen Sorgfalt auch beim Vorsatzdelikt als Tatbestandsmerkmal. Ausgehend von der objektiven Versuchstheorie wollte *Engisch* die Adäquanz sowohl beim vollendeten als auch beim versuchten Delikt als Tatbestandsmerkmal voraussetzen.[398]

93 *Engisch* setzt sich sodann mit der Generalisierung des Erfolges, der Feststellung der Urteilsbasis sowie der Wahl des Urteilsmassstabes auseinander. Mit Blick auf die Generalisierung des Erfolges erwägt er, dass sich das Merkmal der Rechtsnormwidrigkeit auf diejenige Rechtsnorm beziehen muss, die dem gesetzlichen Tatbestand entspreche. Soweit also mit dem Adäquanzurteil die Zuwiderhandlung gegen die Rechtsnorm, die auf die Vermeidung des tatbestandsmässigen Erfolges ausgerichtet sei, festgestellt werden solle, müsse sich die Adäquanz auch auf diesen Erfolg beziehen.[399] Das für die Rechtsnormwidrigkeit relevante Adäquanzurteil verlangt demnach, dass ein Verhalten eine adäquate Gefahrschaffung mit Blick auf den Eintritt eines tatbestandsmässigen Erfolges darstellt. Nicht zu berücksichtigen ist damit die mehr oder weniger präzise gefasste konkrete Eigenart des tatsächlichen Erfolgseintritts.[400] Das Adäquanzurteil soll unter Zugrundelegung derjenigen tatsächlichen Umstände gefällt werden, die *ex ante* und am Ort der Tat erkennbar waren. Dabei soll zunächst von den der Täter:in bekannten Umständen ausgegangen werden, die um diejenigen ergänzt werden, die ein «einsichtigster» Mensch erkannt hätte.[401] Massstab der Beurteilung soll sodann das «nomologische Höchstwissen» (d.h. das erfahrungswissenschaftliche Höchstwissen) im Zeitpunkt der Tat sein.[402]

395 *Engisch,* Kausalität, 59 Fn. 2 sowie *ders.,* Untersuchungen, 283 f.

396 *Engisch,* Kausalität, 45 f.; dazu auch *Seher,* Zurechnung, 378.

397 *Engisch,* Untersuchungen, 347 f.

398 *Engisch,* Kausalität, 59 f.

399 *Engisch,* Kausalität, 54.

400 *Engisch,* Kausalität, 54, 61; vgl. dazu auch *Seher,* Zurechnung, 376.

401 *Engisch,* Kausalität, 55 f. mit Hinweis auf *Traeger,* Kausalbegriff, 159.

402 *Engisch,* Kausalität, 57 f.

94 Nach diesem Verständnis der Adäquanz müsste der Tatbestand als erfüllt anzusehen sein, wenn ein Verhalten eine allgemeine Tendenz zur Herbeiführung eines (beliebigen) tatbestandsmässigen Erfolges aufweist, der Erfolg nicht aber durch den typischerweise zu erwartenden Verlauf eintritt, sondern durch einen völlig anderen. Um dies zu vermeiden, führt *Engisch* neben dem Erfordernis der adäquaten Gefahrschaffung, die er als «Adäquanz in bezug auf den tatbestandlichen Erfolg» bezeichnet, auch die «Adäquanz mit Bezug auf die besondere Art und Weise des Kausalverlaufes» ein und spricht dabei vom «Rechtswidrigkeitszusammenhang».[403] Zur Begründung dieses zweiten Adäquanzurteils knüpft er an den Gedanken des Schutzzwecks der Norm bei *M.L. Müller* an.[404] Zu beachten ist dabei, dass *M.L. Müller* und *Engisch* zwar dasselbe Problem ansprechen, sich die Notwendigkeit eines zweiten Adäquanzurteils aber bei *M.L. Müller* indes gerade nicht ergibt.[405] Auf diesen Unterschied wird bei der Untersuchung des Zurechnungsgesichtspunktes des Risikozusammenhangs zurückzukommen sein.[406]

95 Bei dem zweiten Adäquanzurteil soll der nur dem Tatbestand nach bestimmte Erfolg durch den «kausierten besonders gearteten» Taterfolg ersetzt werden.[407] Ferner muss auch auf den konkret eingetretenen Kausalverlauf abgestellt werden.[408] Daraus folgt aber nicht auch, dass sämtliche *ex post* erkennbaren Umstände berücksichtigt werden sollen.[409] Die Basis des Urteils entspricht also grundsätzlich derjenigen des ersten Adäquanzurteils. Neben der Berücksichtigung des konkret eingetretenen Kausalverlaufs sieht *Engisch* noch eine zweite Ausnahme vor, bei der erst *ex post* bekannt gewordene Umstände berücksichtigt werden: nämlich dann, wenn sich das geschaffene Risiko aufgrund der *ex post* ermittelten Umstände als nicht schädlicher herausstellte als das erlaubte Risiko.[410]

403 *Engisch,* Kausalität, 61; kritisch *Seher,* Zurechnung, 379 f.; referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 93 f.

404 Vgl. *Engisch,* Kausalität, 61 und *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57 f.; kritisch *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 148 ff.

405 Dazu bereits oben N. 89; siehe auch *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 149; *Seher,* Zurechnung, 379 f.

406 Dazu unten N. 386 ff.

407 *Engisch,* Kausalität, 61.

408 *Engisch,* Kausalität, 65 f.

409 *Engisch,* Kausalität, 61, will den Rechtswidrigkeitszusammenhang im sog. «Narkosefall» verneinen, bei dem das Opfer, dem die handelnde Person eine schwere Brandwunde zugefügt hatte, bei einer Hauttransplantation verstirbt, weil sie an einer seltenen Narkoseunverträglichkeit leidet. Dazu *Seher,* Zurechnung, 380, der darauf hinweist, dass es sich daher nicht uneingeschränkt um ein *ex post* Urteil handle. Anders *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 148 f.

410 *Engisch,* Kausalität, 66 f.

B. Die unmittelbaren Vorläufer der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung

96 Aus den vorangegangenen Darstellungen wird deutlich, dass viele Zurechnungsgesichtspunkte der heutigen «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung im Grunde keineswegs neu sind, sondern auf Überlegungen zurückgehen, die bereits früh im vergangenen Jahrhundert angestellt wurden. So finden sich bei *M.L. Müller* bereits Gedanken zur Risikoerhöhung und zum Schutzzweck der Norm[411] und bei *Engisch* erste Ansätze zum Erfordernis der adäquaten Gefahrschaffung und Risikoverwirklichung, einschliesslich des Gesichtspunkts der sog. «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens».[412] Damals wurden diese Ideen jedoch noch nicht im Kontext der objektiven Zurechnung erörtert.[413] Als unmittelbare Vorläufer der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung gelten daher erst *Larenz* und *Honig,* deren Ideen der objektiven Zurechnung nachfolgend dargestellt werden sollen.

1. Objektive Zurechnung bei *Larenz*

97 In seiner 1927 erschienenen Untersuchung der Rechtsphilosophie *Hegels* unternimmt Karl *Larenz* den Versuch, aus ihr Kriterien für die Abgrenzung der eigenen Tat vom zufälligen Geschehen zu gewinnen.[414] Es solle dabei nicht um die Frage nach der Verursachung gehen, die mittels einer Kausalitätstheorie beantwortet werden könnte,[415] sondern um Zurechnung – also um die Frage, «was einem Subjekt als seine Handlung zuzuschreiben, wofür es verantwortlich zu machen sei».[416]

98 Zur Bestimmung des Zurechnungsbegriffes griff *Larenz* die seit naturrechtlicher Zeit bekannte Unterscheidung zwischen *imputatio facti* und *imputatio iuris* wieder auf, die zu dieser Zeit in der Jurisprudenz weitgehend in Vergessenheit geraten war.[417] Er kritisierte, dass die im Anschluss an *Hegel*

---

411 Siehe oben N. 89.

412 Siehe oben N. 95.

413 *Engisch,* Kausalität, 59 Fn. 1, lehnte die Bezeichnung «objektive Zurechnung» aber mit der Begründung ab, dass sich der Begriff der Zurechnung nur auf die gesamte Zurechnungslehre beziehen könne, stimmte *Honig,* FS Frank, 175 ff. aber inhaltlich zu. Siehe dazu *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 95; *Schünemann,* GA 1999, 210; *Seher,* Zurechnung, 381

414 *Larenz,* Zurechnungslehre, VII f.

415 *Larenz,* Zurechnungslehre, VII f., 61 ff. 70.

416 Vgl. *Larenz,* Zurechnungslehre, 51, 70; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 47; *Seher,* Zurechnung, 449.

417 So *Larenz,* Zurechnungslehre, 60 f., der auf die entsprechende Unterscheidung bei *Kant,* AA VI, 227 hinweist.

entwickelten strafrechtlichen Zurechnungslehren den Sinn der Unterscheidung zwischen *imputatio facti* und *imputatio iuris* verkannten, indem sie das subjektive Moment der Tat sogleich mit einem rechtlichen Werturteil verbanden.[418] Das nunmehr eigenständige, der Funktion nach der *imputatio facti* entsprechende teleologische Urteil über die Frage, ob «ein Geschehen Tat eines Subjekts sei», bezeichnete *Larenz* als *objektive Zurechnung.*[419]

99 Bei der Fundierung dieses Zurechnungsschrittes knüpfte *Larenz* an den Handlungsbegriff *Hegels* an,[420] der unter «Handlung» die Einheit des subjektiven Willens und des dadurch herbeigeführten äusseren Geschehens verstand.[421] Die Folgen eines äusseren Verhaltens sollten damit nur insoweit vom Handlungsbegriff mitumfasst sein, als sie durch den Willen bezweckt wurden. Ungewollte Folgen hingegen gehörten demnach nicht zur Handlung, sondern sind zufällig und können daher nicht zugerechnet werden.[422] *Larenz* kritisierte daran, dass *Hegel* eine Zurechnung nur bei vorsätzlichen Handlungen kenne, die Fahrlässigkeit in seiner Zurechnungslehre keinen Platz finde.[423] Er wandte sich gegen *Hegels* Begriff des (freien) Willens, wonach nur vom Willen umfasst sein könne, was die handelnde Person auch wisse,[424] und warf *Hegel* vor, zu verkennen, dass «das Wissen selbst Tat der Freiheit» sei.[425] Daher sei auch Nichtwissen Werk der Freiheit, sofern Wissen möglich gewesen sei. Entsprechend müsse auch das Nicht-Gewusste zugerechnet werden, sofern das Nichtwissen für die handelnde Person nicht zufällig, sondern Werk ihrer

418 Vgl. *Larenz,* Zurechnungslehre, 69 f. m.w.N. Siehe auch *Temme,* Preußisches Strafrecht, 152, der die «Zurechnung zur That» *(imputatio facti)* und die Zurechnung zur Schuld *(imputatio iuris)* zwar voneinander abgegrenzt, aber davon ausgeht, dass die *imputatio facti* stets in der *imputatio iuris* enthalten sei, weshalb Erstere im Strafrecht keine Bedeutung habe. Relativierend aber *ders.,* Schweizerisches Strafrecht, 92 mit Fn. 1.

419 *Larenz,* Zurechnungslehre, 51 und 61

420 *Larenz,* Zurechnungslehre, 50 ff.

421 *Larenz,* Zurechnungslehre, 51: «Die Handlung ist für Hegel Einheit des subjektiven Willens und des durch diesen herbeigeführten äusseren Daseins.» Siehe auch *Seher,* Zurechnung, 450 mit Hinweis auf *Hegel,* Grundlinien, § 113 und 115.

422 Die Ausführungen bei *Larenz,* Zurechnungslehre, 51 f. beziehen sich insbesondere auf *Hegel,* Grundlinien, § 117 (vgl. auch § 118 mit Zusatz); eingehend *Seher,* Zurechnung, 450, der in Fn. 14 m.w.N. darauf hinweist, dass *Larenz* insoweit von *Hegels* Terminologie abweicht, als er nur die Willensbetätigung selbst als «Handlung» versteht und für die Folgen des Verhaltens den Begriff der Tat verwende.

423 *Larenz,* Zurechnungslehre, 52. Dabei verkennt *Larenz* offenbar die Bedeutung des «Rechts der Objektivität» in *Hegels* Zurechnungslehre; vgl. dazu *Seher,* Zurechnung, 451 Fn. 18 und 220 ff. m.w.N.

424 *Larenz,* Zurechnungslehre, 53 bezieht sich dabei auf den folgenden Satz in *Hegel,* Grundlinien, Zusatz zu § 118: «Ich bin aber nur, was in Beziehung auf meine Freiheit ist, und die Tat ist nur Schuld meines Willens, insofern ich darum weiss.»

425 *Larenz,* Zurechnungslehre, 53 und 80 f.

Freiheit gewesen sei. Für *Larenz* bestimmte also nicht schon das Wissen selbst die äussere Grenze der objektiven Zurechnung, sondern erst die Möglichkeit des Wissens.[426]

100 Für *Larenz* wurde damit die Möglichkeit des Wissens oder aber die Möglichkeit der Voraussicht zum Prinzip der Zurechnung.[427] Eine entscheidende Rolle für die Bestimmung des Massstabes, anhand dessen das Möglichkeitsurteil gefällt werden sollte, spielte dabei der Begriff der Person als Subjekt (oder Adressat) der Zurechnung.[428] Person sei «der Mensch nicht als Naturwesen, sondern als Vernunftwesen, als Träger der überindividuellen Vernunft, als Subjekt und Geist».[429] Bei der objektiven Zurechnung sei das Subjekt der Zurechnung «also nicht der besondere konkrete Mensch, sondern der abstrakte Begriff eines Menschen von normaler Fähigkeit, oder vielmehr: der besondere Mensch lediglich seiner allgemeinen Natur nach, sofern er ein vernünftiges Wesen, Person ist».[430] Dementsprechend wollte *Larenz* nicht darauf abstellen, ob dem individuellen Täter die Voraussicht eines Geschehens möglich war, sondern darauf, ob dies einem «in der Lage des Täters gedachten einsichtigen Menschen» möglich gewesen wäre.[431]

101 Die Anknüpfung an die «abstrakte Person» ist aber noch in anderer Hinsicht bedeutsam: Weil die Freiheit des Willens der Grund sei, weshalb einem Menschen etwas zugerechnet werden könne, sei eine (subjektive) Zurechnung, die an den individuellen Menschen anknüpfe, nicht möglich, wenn sich ein Geschehen nicht auf den freien Willen dieses Menschen beziehen lasse, beispielsweise weil dieser aufgrund seiner geistigen Konstitution in seinem Willen nicht frei, also unzurechnungsfähig war.[432] Indem der Täter bei der «lediglich» objektiven Zurechnung aber nicht «nach seiner konkreten Individualität», sondern als abstrakte Person betrachtet werde, sei eine objektive Zurechnung in solchen Fällen aber gleichwohl möglich.[433]

102 Bei seinem Versuch, die Kriterien zur Abgrenzung «der eigenen Tat vom zufälligen Geschehen» aus *Hegels* Zurechnungstheorie zu gewinnen, nahm *Larenz* derart einschneidende Modifikationen vor, dass seine «objektive

426 *Larenz,* Zurechnungslehre, 53: «Erst wo diese Möglichkeit des Wissens, und nicht schon, wo dieses selbst endet, endet auch [...] die Zurechnung der Tat und beginnt der Bereich des bloss zufälligen Geschehens.»

427 *Larenz,* Zurechnungslehre, 77 und 53.

428 *Larenz,* Zurechnungslehre, 63 bezieht sich dabei auf *Kant,* AA VI, 223.

429 *Larenz,* Zurechnungslehre, 63.

430 *Larenz,* Zurechnungslehre, 94.

431 *Larenz,* Zurechnungslehre, 94 und 84.

432 *Seher,* Zurechnung, 453 und 721 f.

433 *Larenz,* Zurechnungslehre, 92 ff.

Zurechnung» kaum noch an das Original erinnerte, sondern letztlich eher als zurechnungstheoretisch gewandete Fassung der Adäquanztheorie daherkam.[434]

2. Objektive Zurechnung und objektive Bezweckbarkeit bei *Honig*

103 Als eigentliche Geburtsstunde der strafrechtlichen Theorie der objektiven Zurechnung wird gemeinhin der Beitrag von *Honig* in der Festschrift für *Reinhard Frank* über «Kausalität und objektive Zurechnung» angesehen.[435] *Honig* attestierte der Lehre vom Kausalzusammenhang, sich in einer offenen Krise zu befinden.[436] In der Rechtswissenschaft könne es nicht alleine auf die ontologische Feststellung des Kausalzusammenhanges ankommen, sondern um dessen juristische Bewertung.[437] In Abgrenzung zur Adäquanztheorie betont *Honig* dabei, dass jegliche Wertung bereits «ausserhalb der *ausschliesslich ontologischen Bedeutung des Kausalitätsbegriffes*» liege. Mit der Feststellung, dass eine Handlung eine notwendige Voraussetzung des Erfolgseintrittes war, also mit einem Urteil über den «tatsächlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg» sei noch nicht entschieden, ob dieser Zusammenhang auch für die Rechtsordnung bedeutsam sei. Hierbei gehe es aber nun nicht mehr um den Nachweis eines Kausalzusammenhanges, sondern um ein selbstständiges axiologisches Urteil, nämlich jenes über die objektive Zurechnung.[438]

104 Dabei kam *Honig* nicht umhin, auf *Larenz* hinzuweisen und darauf, dass dieser den Begriff der objektiven Zurechnung auf *Hegel* stützte.[439] Im Gegensatz zu *Larenz* verzichtete *Honig* aber auf eine eigene philosophische Grundlegung, sondern wollte den Begriff aus den «allgemein anerkannten Grundsätzen der allgemeinen Rechtslehre» ableiten.[440] Das Zurechnungsurteil setzte nach *Honig* zunächst als Bezugspunkt eines Erfolges ein menschliches Verhalten im Sinne einer Willensäusserung voraus. Als Willensäusserung sei

434 Kritisch auch *Seher,* Zurechnung, 455: «Angesichts dieser deutlichen Distanz zu Hegels Rechtsphilosophie ist zu konstatieren, daß Larenz' Zurechnungstheorie den teleologisch-normativistischen Konzepten seiner Zeitgenossen deutlich näher steht als ihrem idealistischen Ausgangspunkt.»

435 *Frisch,* GA 2003, 720 f.; *ders.,* FS Roxin, 213 ff.; *Maiwald,* FS Miyazawa, 465; *Roxin,* FS Honig, 133; *Seher,* Zurechnung, 447.

436 *Honig,* FS Frank, 174.

437 *Honig,* FS Frank, 175 ff.

438 *Honig,* FS Frank, 178 f., ferner 182.

439 *Honig,* FS Frank, 181.

440 *Honig* 181 f., hält dabei fest, dass es zwar interessant wäre, den vom *Larenz* entwickelten Gedanken von der kantischen Philosophie aus nachzugehen. Er hält es aber für wichtiger, den Begriff der objektiven Zurechnung unabhängig von jeder philosophischen Einstellung zu begründen.

das Verhalten im Gegensatz zu übrigen Faktoren etwas Ursprüngliches, «ein zweckhaftes Eingreifen des menschliches Verstandes in die Naturvorgänge und damit eine teleologische Erscheinung.»[441] Weil der Begriff der objektiven Zurechnung die Beziehung eines Erfolges auf eine menschliche Willensbetätigung kennzeichnen solle, müsse der Inhalt des Zurechnungsurteils von der teleologischen Ursprünglichkeit menschlicher Willensbetätigung abhängen.[442] Soweit der Mensch also fähig sei, die Wirkung seines Verhaltens vorauszusehen, und soweit er weiter fähig sei, diese Wirkung durch sein Verhalten herbeizuführen, soweit könne ein Verhalten als zweckhafte Äusserung des Willens angesehen werden – «auch objektiv betrachtet, d.h. ohne Rücksicht auf das, was er de facto wollte».[443] Weil gerade das zweckhafte Eingreifen in die Naturvorgänge das Wesen des menschlichen Verhaltens ausmache, sei die «objektive Bezweckbarkeit» das Kriterium für die Zurechenbarkeit des Erfolges.[444]

105 Die Legitimation der objektiven Zurechnung als «kategorialer Rechtsbegriff» beruht auf der normtheoretischen Überlegung, dass sich das Recht durch Gebote und Verbote an den «Willen als die geistige Grundlage des Verhaltens» wende. Gebote und Verbote könnten aber nur dasjenige Verhalten erwarten, das «im menschlichen Machtbereich» liege. Insofern müsste man auch vom «Standpunkt der Rechtssatzinhalte» aus zum Ergebnis gelangen, dass das den Erfolg kausierende menschliche Verhalten nur dann rechtserheblich sei, wenn es als «mit Blick auf die Vermeidung des Erfolges als zweckhaft gesetzt gedacht» werden könne.[445]

106 Mit der objektiven Zurechnung werde aber noch kein Urteil über die beschuldigte Person, ihre Verantwortlichkeit für ihr Verhalten und für den Erfolg gefällt, denn es werde noch nichts darüber gesagt, ob die beschuldigte Person den Erfolg beabsichtigte oder auch nur voraussah. Es gehe vielmehr nur um ein Urteil über die «Möglichkeit eines teleologischen Zusammenhanges des Verhaltens mit dem Erfolg, über die Erreichbarkeit oder Abwendbarkeit des Erfolges» in der konkreten Situation. Dieses Urteil basiere zwar nicht auf dem aktuellen Wissen und Wollen der handelnden Person, aber doch auf deren Fähigkeiten.[446] Ferner soll der Schwerpunkt der Beurteilung nicht in der Generalisierung liegen, entscheidend müsse vielmehr die Einmaligkeit

441 *Honig,* FS Frank, 183.
442 *Honig,* FS Frank, 183.
443 *Honig,* FS Frank, 183 f. mit Hinweis auf *Larenz,* Zurechnungslehre, 67.
444 *Honig,* FS Frank, 184.
445 *Honig,* FS Frank, 188.
446 *Honig,* FS Frank, 185.

des Falles sein. Massgeblich müsse – im Anschluss an *v. Liszt* – die tatsächliche, wenn auch ungewöhnliche Gestaltung des Einzelfalles sein.[447] Die objektive Bezweckbarkeit sei daher anhand eines *ex post*-Massstabes zu beurteilen. Es kommt also anders als bei der Adäquanztheorie *traegerscher* Prägung nicht darauf an, ob eine Gefahr *ex ante* erkennbar war oder nicht.[448]

107 *Honig* weist sodann darauf hin, dass die objektive Zurechnung des Erfolges sowohl bei aktivem Tun als auch bei der Unterlassung ein *konstitutives Element* des tatbestandsmässigen Verhaltens bzw. Unterlassens sei.[449] Damit macht er zugleich deutlich, dass es bei der objektiven Zurechnung – anders als heute oftmals angenommen – nicht um eine Beschränkung der strafrechtlichen Haftung gehe.[450] Von einer Haftungsbeschränkung zu sprechen, mache nur Sinn, wenn das Vorhandensein einer Haftungsgrundlage erstellt sei.[451] Weil *Honig* nun aber – durchaus zu Recht – davon ausgeht, dass der Nachweis eines Kausalzusammenhanges noch nicht die Frage beantwortet, ob dieser auch für die Rechtsordnung bedeutsam sei, kann die Feststellung der Kausalität noch keine Haftungsgrundlage begründen, die anschliessend einer Einschränkung bedürfte. Weil die Frage, ob der Kausalzusammenhang für die Rechtsordnung bedeutsam ist, durch die objektive Zurechnung beantwortet wird, erweist sie sich als konstitutives Element der Haftungsgrundlage. Der objektiven Zurechnung kommt nach *Honig* also eine strafbarkeitsbegründende Funktion zu.

3. Einordnung

108 Die Gedanken zur objektiven Zurechnung bei *Larenz* und *Honig* unterschieden sich noch ganz wesentlich von der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung.[452] Bei *Larenz* und bei *Honig* steht alleine die Rückführbarkeit eines äusseren Geschehens auf eine bestimmte Person im Vordergrund. *Larenz* versteht seine «objektive Zurechnung» im Sinne einer *imputatio facti,* bei der es aber alleine auf die Möglichkeit des Wissens ankommen soll.[453] Auch *Honig* geht davon aus, dass die objektive Zurechnung «überhaupt erst das Beurteilungs-

447 *Honig,* FS Frank, 186.

448 *Honig,* FS Frank, 185 f.; der Massstab der objektiven Bezweckbarkeit steht am ehesten dem von *Rümelin,* AcP 90 (1900), 179 ff., vertretenen, objektiven Adäquanzmassstab nahe, der *ex post* beurteilt werden soll.

449 *Honig,* FS Frank, 193.

450 *Honig,* FS Frank, 193 ff.; ferner *Seher,* Zurechnung, 457.

451 *Honig,* FS Frank, 195.

452 Herausgearbeitet wurden die Abweichungen insbesondere von *Maiwald,* FS Miyazawa, 470 ff.; vgl. auch *Frisch,* GA 2003, 722 und *Seher,* Zurechnung, 458.

453 *Larenz,* Zurechnungslehre, 60 f; dazu auch oben N. 99 f.

objekt und damit die Grundlage der Haftung» schaffe.[454] Zwar ist auch *Honigs* Begriff der objektiven Zurechnung, wie *Maiwald* darlegt, insofern nicht vorrechtlich, als für *Honig* die Bestimmungsfunktion des Rechts der Grund sei, weshalb nur objektiv bezweckbare Folgen menschlichen Verhaltens strafrechtlich relevant sein könnten: Nur soweit ein Mensch ein Geschehen zu gestalten vermag, die Folgen seines Verhaltens also objektiv bezweckbar sind, mache es überhaupt Sinn, das Geschehen einer Wertung zu unterziehen.[455] Nach *Honig* sollte die objektive Zurechnung nicht dazu dienen, einen durch ein Verhalten angestossenen Geschehensablauf als positiv oder negativ zu bewerten.[456] Anders als die heutige Lehre von der objektiven Zurechnung ist in dem teleologischen Urteil über die objektive Zurechnung bei *Honig* gerade noch keine Bewertung des Geschehens als erlaubt oder unerlaubt enthalten.[457] Deswegen ist die «ältere» objektive Zurechnung im Vergleich zur «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung nur in einem schwachen Sinne axiologisch.[458]

109 Nach *Maiwald* hat insbesondere der Beitrag *Honigs* in der Festschrift für *Reinhard Frank* zu einer «Initialzündung» für die weite Akzeptanz des Begriffs der objektiven Zurechnung geführt.[459] Diese Einschätzung trügt aber insofern, als die weitere Entwicklung der objektiven Zurechnung in den 1930er-Jahren jäh zum Halt gebracht wurde: Die nationalsozialistische Machtergreifung machte auch vor den Rechtswissenschaften nicht halt und führte zur Ablehnung des angeblich «überholten und verfehlten liberalen Strafrechtsdenkens».[460] Die Gedanken der objektiven Zurechnung wurden zwar vereinzelt aufgegriffen, jedoch meist ohne *Honig* auch nur mit einem Wort zu erwähnen.[461] Der Grund dafür lag darin, dass *Honig* Angehöriger des jüdischen Glaubens war und als solcher vom damaligen Verbot, jüdische Autor:innen zu zitieren, betroffen war.[462]

454 *Honig,* FS Frank, 195;

455 *Maiwald,* FS Miyazawa, 472 f. mit Hinweis auf *Honig,* FS Frank, 188

456 *Honig,* FS Frank, 184 f.; siehe auch *Maiwald,* FS Miyazawa, 467 ff., 473.

457 *Maiwald,* FS Miyazawa, 467 ff., 473

458 *Seher,* Zurechnung, 458 mit Hinweis auf *Maiwald,* FS Miyazawa, 470 ff.

459 *Maiwald,* FS Miyazawa, 465.

460 *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 33 m.w.N.

461 *H. Mayer,* Strafrecht des Deutschen Volkes, 217 verweist lediglich auf *Larenz,* Zurechnungslehre, *passim* (mit Hinweis auf *Honig* aber das Lehrbuch aus dem Jahr 1953: *ders.,* AT, 131); *Welzel,* ZStW 58 (1939), 499; anders, d.h. mit Hinweis auf *Honig,* noch *ders.,* ZStW 51 (1931), 708 ff., 718 ff; vgl. auch *Engisch,* FS Kohlrausch, 169 Fn. 93, in der Auseinandersetzung mit Welzel von «objektiv bezweckbaren Folgen» spricht, ohne auf *Honig,* FS Frank, 174 ff. zu verweisen.

462 *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 30.

III. Der Finalismus und seine Bedeutung für die Entwicklung der objektiven Zurechnung

110 Nach Ende des Zweiten Weltkrieges wurde die weitere Entwicklung der deutschen und mit einiger Verzögerung auch der schweizerischen Strafrechtsdogmatik[463] massgeblich durch die von *Welzel* entwickelte finale Handlungslehre geprägt.[464] Auf der Grundlage des finalen Handlungsbegriffs, der die Handlung nicht mehr nur als einen von einem Willensimpuls angestossenen Kausalvorgang versteht, sondern als Ausübung von Zwecktätigkeit, wird der das Kausalgeschehen zwecktätig lenkende Wille zum Rückgrat der Handlung.[465] Weil der Vorsatz als «Unterfall des finalen Verwirklichungswillens» demnach bereits ein Handlungselement sei, soll er Bestandteil der «Tatbestandshandlung» und damit Teil des Tatbestandes sein.[466] Der Vorsatz – und auch die Fahrlässigkeit – wurden nicht länger der Schuld zugeordnet, sondern nunmehr als Unrechtsmerkmale aufgefasst.[467] Durch die neue Verortung des Vorsatzes wurde die hergebrachte, im neoklassischen Verbrechenssystem bereits punktuell durchbrochene Trennung zwischen objektivem Unrecht und subjektiver Schuld endgültig zu Fall gebracht.[468] Anstelle des objektiven Unrechtsbegriffs entsteht eine personale Unrechtslehre, die das Unrecht in erster Linie als «täterbezogenes, ‹personales› Handlungsunrecht» begreift.[469]

463 Hierzu insb. *Stratenwerth,* ZStrR 81 (1965), 179 ff.; *ders.,* AT I[1], § 7 N. 6 ff., *ders.,* AT I[4], § 7 N. 6 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 94 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 94); *Piotet,* ZStrR 71 (1956), 385 ff.

464 Die gängige Historisierung des Finalismus verortet den Durchbruch des finalistischen Systems in der Nachkriegszeit und geht davon aus, dass die strafrechtsdogmatische Diskussion anschliessend während mehr als zwei Jahrzehnten im Zeichen der finalen Handlungslehre stand (so etwa *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 34; *Neumann,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels,157). Gerade von seinen Anhängern wird *Welzels* Position in der Zeit vor 1945 indes als weitgehend bedeutungslos dargestellt (*Hirsch,* ZStW 93 (1981), 851; *ders.,* FS Köln, 399; *ders.,* FS Androulakis, 230; *ders.,* ZStW 116 (2004), 1,3,7; *Stratenwerth,* JZ 1977, 530). Diese Darstellung erscheint aus heutiger Sicht aber zumindest ungenau: Unbestritten ist zwar, dass sich die Dominanz des finalen Systems durchaus deutlich nach Kriegsende voll entfaltete. *Kubiciel* legt aber dar, dass Welzel in der Zeit vor 1945 weder «ein wissenschaftlicher Solitär noch in einer hoffnungslosen Minderheitenposition gefangen» war, sondern bereits Ende der 1930er-Jahre zu einem der führenden Köpfe in der Strafrechtswissenschaft avanciert war (*Kubiciel,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 136 ff., 154; noch kritischer *Ambos,* Nationalsozialistisches Strafrecht, 132 ff.).

465 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems, 3; *ders.,* Strafrecht[11], 3.

466 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems, 10 f.; vgl. auch *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 9.

467 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 499.

468 Vgl. hierzu *Welzel,* Lehrbuch[11], 59 f.

469 *Welzel,* Bild des Strafrechtsystems[1], 19; *ders.*; Bild des Strafrechtsystems[4], 27;

A. Das finalistische Verbrechenssystem

1. Der finale Handlungsbegriff

111 Den ersten Ansatz für die finale Handlungslehre hatte *Welzel* bereits in seinem Aufsatz über «Kausalität und Handlung» im Jahr 1931 gelegt.[470] Darin schloss er sich der von *Honig* formulierten Kritik am Kausaldogma an und betonte den kategorialen Unterschied zwischen kausalem und «sinn-intentionalem» Geschehen, wobei für ihn nur Letzteres als ontologische Grundlage strafrechtlicher Wertungen in Betracht kam.[471] Obwohl von einem ganz anderen philosophischen Ausgangspunkt ausgehend, bringt *Welzel* seine Überlegungen mit der objektiven Zurechnung von *Larenz* und *Honig* in Verbindung und hält fest: «Als eigene Tat oder Handlung einem Subjekt zugehörig und in diesem Sinne objektiv zurechenbar ist jeder tatbestandlich festgelegte Erfolg, der vom Täter sinnhaft gesetzt oder dessen Abwendung vorhersehbar und sinnhaft setzbar war.»[472] Damit eignete er sich das objektivierende Kriterium der Bezweckbarkeit an, das er später im Zuge der Ausarbeitung dieses Ansatzes zu einer umfassenden Handlungslehre wieder aufzugeben schien.[473]

112 In seinem Aufsatz «Studien zum System des Strafrechts» aus dem Jahr 1939 arbeitete *Welzel* seinen Ansatz schliesslich zu einer umfassenden Handlungslehre aus und rückte ab diesem Zeitpunkt die tatsächlich verfolgten Zwecke in den Mittelpunkt seiner Überlegungen: «Handeln im engsten und strengsten Sinne ist die menschliche Zwecktätigkeit.»[474] Die Handlung sei nicht ein blosses, auf zufällige Resultate hinauslaufendes Kausalgeschehen, sondern ein «bewusst vom Ziel her gelenktes Wirken», sie sei «finales», nicht bloss «kausales» Geschehen.[475] Die Finalität oder Zweckhaftigkeit der Hand-

---

470 *Welzel,* ZStW 51 (1931), 703 ff.

471 *Welzel,* ZStW 51 (1931), 708 ff., 718 ff.: Ein Geschehen, das «vom Entschluss über die Willensimpulse zum Erfolg» führe, sei eine vom «gesetzte Sinneinheit, die sich durch das Moment der Sinngesetztheit aus dem übrigen kausalen Geschehen heraushebt». Und weiter: «Bezeichnen wir diese Sinneinheit als Handlung, so folgt, dass der Handlungszusammenhang zwischen Erfolg und Entschluss kein bloss kausaler, sondern ein teleologischer Sinnzusammenhang ist»; *ders.,* ZStW 58 (1939), 502.

472 *Welzel,* ZStW 51 (1931),718 ff. mit Fn. 30, 720.

473 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 502. In Wirklichkeit ist das Kriterium der objektiven Bezweckbarkeit aber nicht gänzlich aufgegeben worden, sondern – freilich ohne dies offenzulegen – lediglich in den Begriff des Vorsatzes integriert worden. Dazu unten N. 266 ff.

474 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 491 ff., 502; ähnlich *ders.,* Grundzüge[3], 32: «Menschliches Handeln ist Ausübung von Zwecktätigkeit»; ebenso *ders.,* Bild des Strafrechtssystems[1], 9; *ders.,* Bild des Straftatsystems[4], 1; *ders.,* Strafrecht[11], 32. Dass sich der Begriff der Finalität auf die tatsächliche und aktuelle Zwecksetzung bezieht, wird sodann insbesondere bei *Welzel,* Um die finale Handlungslehre, 5 ff. deutlich.

475 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystem[1], 9.; übereinstimmend *ders.,* Bild des Strafrechtssystems[4], 1; Strafrecht[11], 32; ähnlich schon *ders.,* Grundzüge[3], 32 f.

lung beruhe darauf, «dass der Mensch auf Grund seines Kausalwissens die möglichen Folgen seines Tätigwerdens in bestimmten Umfang voraussehen, sich darum verschiedenartige Ziele setzen und sein Tätigwerden auf diese Zielerreichung hin planvoll lenken» könne.[476] Der zielbewusste, das kausale Geschehen lenkende Wille bildet das Rückgrat der finalen Handlung.[477] Er ist der Steuerungsfaktor, der das äussere Kausalgeschehen «überformt» und es dadurch zur finalen Handlung macht. Ohne den zwecktätig lenkenden Willen würde die Handlung, «in ihrer sachlichen Struktur zerstört, zu einem blinden Kausalprozess herabsinken».[478] Aus der Zweckbezogenheit der finalen Handlung ergibt sich für *Welzel* sodann, dass es finale Handlungen nicht an sich oder absolut geben könne, sondern eben nur im Hinblick auf die bezweckten Ziele. Deswegen nehme eine Pflegefachkraft, die ahnungslos ein überdosiertes Medikament verabreiche, zwar eine finale Injektion, aber keine finale Tötungshandlung vor.[479] Daraus folgt aber auch, dass die fahrlässige Herbeiführung eines Erfolges nicht als Handlung erfasst werden kann.[480] Dies dürfte auch der Grund sein, dass gerne auf die Ähnlichkeiten des finalen Handlungsbegriffs zu demjenigen von *Hegel* hingewiesen wird.[481]

113 Zu beachten ist, dass *Welzel* den finalen Handlungsbegriff von einem ganz eigenen ontologischen Ausgangspunkt her entwickelt. Im Unterschied zur naturalistischen Handlungslehre, die ihren Blick einzig auf die naturwissenschaftlich erfassbaren Seinselemente richtete, will *Welzel* auch dem von der Naturwissenschaft nicht berücksichtigten Teil des Seins Beachtung schenken und die Handlung als «sinnvolles, sozialethisch relevantes Phänomen», als «reale Erscheinung des (sozialen) Lebens» erfassen.[482] Die von *Welzel* entwickelte finale Handlungslehre beruht auf der Vorstellung, dass der ganze Rechtsstoff von (punktuell auftretenden) sachlogischen Strukturen durchzogen sei, die jeglicher Gestaltung durch den Gesetzgeber oder die Wissenschaft entzogen seien.[483] Daraus folgte für *Welzel,* dass das Wesen der Handlung durch

476 *Ebenda.*

477 *Welzel,* Strafrecht[11], 34 mit weiteren Erläuterungen zur finalen Steuerung der Handlung, die hier nicht abgebildet werden können.

478 *Welzel,* Bild des Strafrechtsystems[4], 3; siehe auch ders., Strafrecht[11], 34.

479 *Welzel,* Strafrecht[11], 36

480 Dazu unten N. 117 ff.

481 *Roxin,* AT I[4], § 8 N. 18 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 8 N. 18).

482 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 495; zu den Grundlagen des Finalismus *Hirsch,* FS Androulakis, 226 ff.

483 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[1], 8; die Idee sachlogischer Strukturen einordnend *Seelmann,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 7 ff.; kritisch *Seher,* Zurechnung, 391 ff.; *Hassemer,* FS Rudolphi, 72 f.

diese sachlogischen Strukturen vorgegeben sei, weshalb der zutreffende Handlungsbegriff nur gefunden, nicht aber erfunden werden könne.[484]

114 Der Anspruch der finalen Handlungslehre, aus ihrer ontologischen Handlungskonzeption konkrete Lösungsansätze für strafrechtliche Problemstellungen ableiten zu können, stiess seit den frühen 1960er-Jahren vermehrt auf Widerstand.[485] So weist insbesondere *Roxin* darauf hin, dass ein ontologischer Handlungsbegriff, der für sich in Anspruch nimmt, frei von rechtlichen Wertungen zu sein, mit Blick auf die Lösung rechtlicher Problemstellungen nichts zu leisten vermöge.[486] Insoweit ein Handlungsbegriff die den Rechtserscheinungen zugrundeliegenden sozialen Bedeutungsgehalte ausser Acht lasse, bleibe er für das Recht irrelevant. *Roxin* illustriert dies anhand eines Beispiels von *Radbruch,*[487] das gemeinhin verwendet wird, um den kausalen Handlungsbegriff ad absurdum zu führen: Freilich sei es lächerlich, eine Beleidigung naturalistisch als Erregung von Schallwellen und als Verursachung von Sinnesreizungen im Gehör des Betroffenen zu definieren. Ebenso lächerlich wäre es aber auch, die Beleidigungshandlung als «eine auf Trommelfellerschütterungen abzielende finale Überdetermination von Schallwellen» zu kennzeichnen.[488] *Roxin* hielt zwar den Vertretern der finalen Handlungslehre zugute, sie würden die Sinndimension in den Handlungsbegriff einschliessen, weist aber zugleich darauf hin, dass ein so verstandener Handlungsbegriff nicht mehr vorrechtlich, sondern ein «rechtlich-normatives Gebilde par excellence» sei.[489] Gegen diese Kritik liesse sich zwar einwenden, dass soziale Begebenheiten auch ontologische Sachverhalte seien und insofern zu den Strukturen des Seins gehörten, die dem Recht vorausgingen. Doch auch für diese Argumentation stellt sich das Problem, dass es bei der Lösung rechtlicher Problemstellungen stets um spezifisch rechtliche Sinngehalte gehen muss und ein Handlungsbegriff, der rechtliche Relevanz beanspruchen will, daher auch beim Einschluss sozialer Begebenheiten nicht ohne Bezugnahme zur Rechtsordnung auskommen kann.[490]

484 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[1], 8; *ders.,* Um die finale Handlungslehre, 7.

485 *Jakobs,* AT[2], S. VII; *Roxin,* ZStW 74 (1962), 515 ff.; *ders.,* FS Androulakis, 575 ff., 585 ff.; *ders.,* AT I[4], § 8 N. 25; zustimmend *Arthur Kaufmann,* FS Hellmuth Mayer, 80 ff.; *Seher,* Zurechnung, 462; ferner *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert, 86 und *ders.,* Alternativkommentar § 15/16 N. 10; kritisch auch *Hassemer,* FS Rudolphi, 72 f.; *Schmidhäuser,* JZ 1986, 116.

486 *Roxin,* ZStW 74 (1962), 527.

487 *Radbruch,* FS Frank, 161.

488 *Roxin,* ZStW 74, (1962), 525.

489 *Roxin,* ZStW 74 (1962), 525 und 527.

490 Vgl. *Roxin,* ZStW 74 (1962), 522 ff., 530; *ders.,* FS Androulakis, 585 ff.; *Seher,* Zurechnung, 462.

2. Die finalistische Unrechtslehre

a. Der personale Unrechtsbegriff beim Vorsatzdelikt

115 Aus der Annahme, dass die Finalität eine ontologische Begebenheit und keine Erfindung irgendeiner Theorie sei, folgt für *Welzel,* dass die finale Struktur des menschlichen Handelns für die strafrechtlichen Normen schlechthin konstitutiv sei, und zwar insofern, als Normen nur Handlungen, nicht aber blosse Kausalprozesse, zu gebieten oder verbieten vermögen.[491] Bei *vorsätzlichen Begehungsdelikten* werden nun diejenigen Handlungen verboten, bei denen der Verwirklichungswille auf die Verwirklichung eines unerwünschten Zustandes gerichtet sei. Als zentrales Element der Handlung ist der finale Verwirklichungswille zugleich Bestandteil der Tatbestandshandlung und muss daher als Vorsatz bereits auf der Ebene der Tatbestandsmässigkeit berücksichtigt werden.[492] Der Vorsatz, der als finales Handlungsmoment den Kern der subjektiven Unrechtsmerkmale bzw. des subjektiven Tatbestandes bildet, wird dabei als technischer Begriff verstanden. Vorsatz ist demnach «nur der auf die Verwirklichung eines Deliktstatbestandes gerichtete Handlungswille».[493] Daran wird deutlich, dass finales Handeln nicht mit vorsätzlichem Handeln gleichzusetzen ist. Als vorrechtliches Seinsgefüge muss die finale Handlung bereits vor der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit bestimmt sein, denn sie bildet gerade den Gegenstand, auf den sich die tatbestandlichen Wertungen beziehen.[494] Der subjektive Tatbestand dient damit der Feststellung, ob sich der Verwirklichungswille auf die Verwirklichung des (objektiven) Tatbestandes richtet, also ob die finale Handlung auch eine vorsätzliche und damit tatbestandsmässige Handlung war.

116 Der Vorsatz wird damit nicht nur zum Unrechtsmerkmal erhoben, sondern bildet sogleich das tragende Element der neuen personalen Unrechtslehre. Der objektive Tatbestand, der bis anhin die Ebene der Tatbestandsmässigkeit weitgehend alleine ausgefüllt hatte, rückt aus dem Fokus des Interesses.[495] Freilich wird er nicht völlig obsolet, da der Vorsatz als blosse Tatentschlossenheit strafrechtlich irrelevant bleibt und nur die äussere Betätigung

491 *Welzel,* Strafrecht[11], 33.

492 *Welzel,* Bild des Strafrechts[4], 8; *ders,* Strafrecht[11], 65.

493 *Welzel,* Strafrecht[11], 65; so bereits *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 53 ff., insb. 56 und 59.

494 *Hardwig,* Zurechnung, 106; *Seher,* Zurechnung, 402.

495 Dies zeigt sich daran, dass etwa *Welzel,* Strafrecht[11], 59 ff., in Zusammenhang mit dem «Unrecht der vorsätzlichen Delikte» dem subjektiven Tatbestand mehr als 15 Seiten widmet (S. 64-80), während er den objektiven Tatbestand auf nur knapp zwei Seiten abhandelt (S. 62-64).

des Willens relevant sein kann.[496] Doch er wird auf die Merkmale Tathandlung, Taterfolg und Kausalzusammenhang reduziert.[497] Damit verbleibe der objektive Tatbestand, wie *Seher* konstatiert, in seiner naturalistischen Gestalt und erfülle keine selbstständige dogmatische Funktion mehr.[498] Dies vermag indes kaum zu überraschen. Beachtet man nämlich die Funktion der zuvor entwickelten normativierenden Tatbestandsmerkmale, wie etwa der objektiven Rechtsnormwidrigkeit, so wird schnell deutlich, weshalb die finale Handlungslehre (weitgehend) ohne sie auszukommen glaubt: Wird für die Bestimmung der Normwidrigkeit einer Handlung auf die tatsächlichen Zwecksetzungen der handelnden Person abgestellt, so scheint es für eine vorgängige objektivierende Bestimmung der Normwidrigkeit keinen Bedarf zu geben.[499] Nicht zu übersehen ist allerdings, dass in *Welzels* System über den Begriff der Sozialadäquanz gleichwohl eine normative Einschränkung des Unrechts vorgenommen wird. Aufgrund der hinsichtlich der Begründung und systematischen Einordnung der Sozialadäquanz bestehenden Unklarheiten wird darauf jedoch gesondert einzugehen sein.[500]

b. Schwierigkeiten mit der Erfassung fahrlässiger Verhaltensweisen

117 Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass der «primäre Ausgangspunkt strafrechtlicher Dogmatik» bei *Welzel* die vorsätzliche, auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Handlung ist.[501] Indem die finale Handlung als ein «bewusst vom Ziel her gelenktes Wirken» [502] verstanden wird, bildet das vorsätzliche Begehungsdelikt notwendigerweise den Prototyp deliktischen Handelns.[503] Die Erfassung der fahrlässigen Tatbestandsverwirklichung bereitet hingegen Schwierigkeiten, weil die Existenz fahrlässiger Handlungen eigentlich bereits begrifflich ausgeschlossen ist.[504] Beim Versuch, die *Fahrlässigkeitsdelikte* in seine finalistische Dogmatik einzubinden, wollte *Welzel* die Fahrlässigkeit

496 Vgl. *Welzel,* Strafrecht[11], 64.

497 Vgl. *Welzel,* ZStW 58 (1939), 522; ferner *Hirsch,* FS Lenckner, 120 f.

498 *Seher,* Zurechnung, 404.

499 Bezeichnend ist in dieser Hinsicht die kritische Äusserung von *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260 f., 268 f. zur objektiven Zurechnung; vgl. ferner die Kritik an *Welzels* Lehre der Sozialadäquanz bei *Welzels* Schüler *Hirsch,* ZStW 74 (1962), 78 ff., 134 f.

500 Dazu eingehend unten N. 123 ff.

501 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 503; vgl. auch *ders.,* Um die finale Handlungslehre, 7.

502 *Welzel,* Strafrecht[11], 33.

503 Siehe *Welzel,* Strafrecht[11], 34, wonach der «zielbewußte, das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung» sei. Zur «innere[n] Zusammengehörigkeit» von Finalität und Vorsatz *ders.,* Um die finale Handlungslehre, 6 ff.; vgl. ferner *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 53 ff.

504 *Seher,* Zurechnung, 410.

zunächst als «potentielle Finalität» der tatsächlichen Finalität vorsätzlichen Handelns gegenüberstellen.[505] Beide seien – wenn auch auf unterschiedliche Weise – durch das Moment der Finalität dem Oberbegriff der Handlung unterstellt: Bei der vorsätzlichen Handlung sei die Finalität als wirkliche Zwecktätigkeit ein «real-gestaltender Faktor», bei der fahrlässigen Handlung stelle sie als mögliche Zwecktätigkeit hingegen nur ein Bezugsmoment dar.[506] Der Taterfolg werde bei fahrlässigem Handeln zwar «blind-kausal» verursacht, die fahrlässige Tatbestandsverwirklichung hebe sich aber dadurch vom blinden Naturvorgang ab, dass sie zwecktätig vermeidbar gewesen sei.[507]

118 Da *Welzel* bei der bei der Überführung dieses Gedankens in die Fahrlässigkeitsdogmatik kurzerhand die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld einebnete,[508] stiess diese ursprüngliche Fahrlässigkeitskonzeption bald auf Widerstand[509] – selbst aus den eigenen Reihen.[510] Besonders gewichtig erwiesen sich dabei die Einwände von *Niese,* der seine Kritik vom Boden der finalen Handlungslehre aus formulierte: Daraus, dass Finalität ein Seinssachverhalt sei, der entweder «‹ist› oder ‹nicht ist›», schliesst er, dass bloss mögliche Finalität keine Finalität sei.[511] Die «potentielle Finalität» sei keine ontologische Kategorie, die Gegenstand der Handlungslehre sein könne, sondern gehöre in die vom Unrecht zu trennende Schuldlehre.[512] Die Kritik veranlasste *Welzel* schliesslich zu einem Umbau der finalistischen Fahrlässigkeitsdogmatik.[513] Selbstkritisch hält er fest, dass, indem die Probleme des Fahrlässigkeitsdeliktes um «den Preis der Erweiterung des Handlungsbegriffs» gelöst werden

505 *Welzel,* Grundzüge[2], 23 und *Grundzüge*[3], 33; eingehend zur Entwicklung der finalistischen Fahrlässigkeitsdogmatik *Kröger,* Fahrlässigkeitsstraftat, 121 ff.

506 *Welzel,* Grundzüge[2], 23 und *Grundzüge*[3], 33.

507 *Welzel,* Grundzüge[3], 117; so bereits *ders.,* Grundzüge[2], 85.

508 *Welzel* erblickte den Grund für die Nichtvermeidung des Erfolges in der ungenügenden Sorgfalt des Täters. Weil nun Sorgfalt «sinnvolle Einsicht in die Handlungspflichten und die Fähigkeit, sich nach ihnen zu richten», voraussetze, könne ein Fahrlässigkeitsdelikt nur von einem schuldfähigen Täter verwirklicht werden, weshalb die Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld hier gegenstandslos und sachlich unmöglich sein. *Welzel,* Grundzüge[3], 117.

509 *Bockelmann,* Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 23 ff. (=Untersuchungen, 50 ff.); Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* 13/74; *Engisch,* FS Kohlrausch, 159 ff.; *Arthur,* Kaufmann, JuS 1967, 150 ff.

510 *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 40 ff.; dazu auch *Kröger,* Fahrlässigkeitsstraftat, 125 ff.

511 *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 43.

512 Vgl. *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 51 und 44 ff.

513 Dieser Umbau vollzog sich keineswegs schlagartig, sondern über mehrere Auflagen von *Welzels* Lehrbuch. Eingehend dazu, *Kröger,* Fahrlässigkeit, 128 ff.

sollten, die Weichen von vornherein falsch gestellt worden seien.[514] Den Weg zur sachgemässen Deutung der fahrlässigen Handlung eröffne erst die Einsicht, dass das wesentliche Moment der Fahrlässigkeitstat nicht im Erfolg, sondern in der Art und Weise des Handlungsvollzuges liege.[515] Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte erfassten die finale Handlung demnach in verschiedener Hinsicht:

> «Während die Tatbestände der vorsätzlichen Delikte (vorsätzlich i.S. des Tatbestandsvorsatzes) die finale Handlung insoweit erfassen, als ihr Handlungswille auf die Verwirklichung sozial unerwünschter Erfolge (Ziele) gerichtet ist, beschäftigen sich die Tatbestände der fahrlässigen Delikte (weniger mit den Zielen, als vielmehr) mit der Art der Ausführung der finalen Handlung im Hinblick auf solche sozial unerwünschten Folgen, auf deren Ausbleiben der Handelnde entweder vertraut oder an deren Eintritt er gar nicht denkt, und erfassen diejenigen Handlungsvollzüge (Steuerungsvorgänge), welche die im Verkehr (zur Vermeidung solcher Folgen) erforderliche Sorgfalt verletzt haben».[516]

119 Damit gab *Welzel* auch seine frühere Auffassung auf, wonach beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld unterschieden werden könne,[517] was zu einer Neuordnung des Deliktsaufbaus führte.[518] Da die «Tatbestandshandlung» bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht gesetzlich bestimmt sei, müsse sie nach dem Leitbild des § 276 BGB[519] ergänzt werden.[520] Erforderlich ist demnach eine Verletzung der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt».[521] Die Sorgfalt soll anhand eines objektiven Massstabs bestimmt werden, bei dem zur Feststellung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt an das Verhalten anzuknüpfen sei, dass ein vernünftiger und besonnener Mensch wählen würde.[522]

514 *Welzel,* Strafrecht[11], 129; ähnlich bereits *ders.,* Strafrecht[9], 116; kritisch aber *Struensee,* JZ 1987, 55 f.

515 *Welzel,* Strafrecht[11], 129; in diese Richtung schon *ders.,* Strafrecht[3], 94 f. «Der Handlungsunwert der fahrlässigen Delikte besteht in der Unterlassung der vom Recht gebotenen besseren finalen Steuerung im Hinblick auf die Vermeidung von Rechtsgüterverletzungen.»

516 *Welzel,* Strafrecht[11], 129 f.; vgl. auch *Stratenwerth,* ZStrR 81 (1965), 205.

517 *Welzel,* Grundzüge[3], 117.

518 *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 12, selbst spricht von einem «Neubau der Lehre von den fahrlässigen Delikten».

519 § 276 Abs. 2 BGB: «Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.»

520 *Welzel,* Strafrecht[11], 131.

521 *Welzel,* Strafrecht[11], 134 f.

522 *Welzel,* Strafrecht[11], 131 f.: Entscheidend sei dabei nicht diejenige Sorgfalt, die im Verkehr tatsächlich geübt werde, sondern diejenige, die im Verkehr erforderlich sei.

Auf die individuellen Fähigkeiten der Täter:in soll es hier indes nicht ankommen; diese werden erst auf der Ebene der Schuld berücksichtigt.[523]

120 Zum Inhalt der Sorgfalt führt *Welzel* aus, dass diese zunächst die Berücksichtigung jeglicher Auswirkungen einer Handlung voraussetze, die nach einsichtigem Urteil voraussehbar seien, wobei dieser Gesichtspunkt der objektiven Voraussehbarkeit identisch sei mit demjenigen der adäquaten Kausalität.[524] Zu diesem intellektuellen Moment trete sodann der zweite, normative Aspekt des besonnenen Handelns, wonach eine objektiv voraussehbare Gefährdung nur dann sorgfaltswidrig sei, wenn sie über das «verkehrsnormale» oder «sozialadäquate» Mass hinausgehe. Dabei will *Welzel* neben dem Vertrauensgrundsatz auch polizeiliche Sicherheitsvorschriften, technische Normen sowie allgemeine Regeln und Erfahrungssätze beachten.[525] Ist die objektive Sorgfalt bestimmt, so sei in einem weiteren Schritt deren Verletzung festzustellen, indem das sorgfältige Verhalten mit dem tatsächlichen Verhalten der Täter:in verglichen wird. Bleibt die Handlung der Täter:in hinter dem sachgemässen oder verkehrsgerechten Verhalten zurück, ist sie tatbestandsmässig. Ob die Täter:in überhaupt in der Lage war sich sorgfaltsgemäss zu verhalten, sei hingegen keine Frage der Rechtswidrigkeit, sondern erst der Schuld.[526] Nicht zu übersehen ist, dass *Welzel* mit der Aufgabe des subjektiven Unrechtsmassstabs beim Fahrlässigkeitsdelikt in dieser Hinsicht zugleich die normtheoretische Fundierung der finalen Handlungslehre durch *Armin Kaufmanns* Normentheorie verwirft.[527]

121 Neben der Tatbestandshandlung muss sodann der Erfolgssachverhalt gegeben sein. Dieser setze voraus, dass sich die Tatbestandshandlung in einer Rechtsgutsverletzung realisiert habe. Dies sei nicht der Fall, wenn der Erfolg zwar durch die sorgfaltswidrige Handlung verursacht worden sei, er aber auch bei sorgfaltsgemässem Verhalten eingetreten wäre. Ebenso seien Erfolge auszuscheiden, die ausserhalb der objektiven Voraussehbarkeit des «einsichtigen Mannes» lägen.[528] Die Rolle des Erfolges ist in der finalistischen Fahrlässigkeitsdogmatik aber umstritten. *Welzel* geht davon aus, dass bereits die Sorgfaltswidrigkeit die Normwidrigkeit begründe, und zwar unabhängig davon, ob ein Erfolg eintrete oder nicht. Die strafrechtliche Relevanz der Normwidrigkeit

523 *Welzel,* Strafrecht[11], 132 und 175 ff.

524 *Welzel,* Strafrecht[9], 118; der explizite Hinweis auf die Übereinstimmung mit dem Adäquanzurteil fehlt indes in *ders.,* Strafrecht[11], 132.

525 *Welzel,* Strafrecht[11], 134.

526 *Welzel,* Strafrecht[11], 135; *Armin Kaufmann,* FS Welzel, 404 ff.; anders aber *Stratenwerth,* AT[1], N. 1167 ff.; *ders.,* FS Jescheck, 286 ff.

527 *Seher,* Zurechnung, 412 mit Hinweis auf *Armin Kaufmann,* Normentheorie, 160 ff.

528 *Welzel,* Strafrecht[11], 135 f.

ergebe sich aber «jedenfalls nach positivem Recht» erst dadurch, dass sich das normwidrige Verhalten im Erfolg realisiere.[529] Während *Welzel* trotz der untergeordneten Rolle des Erfolges für die Unrechtsbegründung davon ausgeht, dass zum Unrecht des Fahrlässigkeitsdeliktes auch der Erfolgsunwert gehöre, vertreten *Welzels* Schüler *Armin Kaufmann* und *Zielinski* die Auffassung, dass sich das Unrecht der Fahrlässigkeitsdelikte im Handlungsunwert erschöpfe und der Erfolg lediglich eine objektive Strafbarkeitsbedingung sei.[530]

122 Durch den «Neubau der Lehre von den fahrlässigen Delikten»[531] gelingt es zwar, die Fahrlässigkeitsdogmatik an eine finale Handlung anzuknüpfen.[532] Das Handlungsunrecht erlangt seine Bedeutung jedoch nicht aus der Struktur der Handlung, sondern vielmehr aus dem normativen Massstab der Sorgfaltswidrigkeit, anhand dessen die Handlung durch das Recht bewertet wird.[533] Die finalistische Fahrlässigkeitsdogmatik stützt sich damit aber gerade nicht auf die Handlung, sondern vielmehr auf das, was «an der Tat gerade *nicht* Handlung war».[534] Soll nun aber der Umstand, dass die Täter:in in einer bestimmten Hinsicht nicht gehandelt hat, den Fahrlässigkeitsvorwurf begründen, so kann der finale Handlungsbegriff nicht den Grundpfeiler des gesamten Straftatsystems bilden.[535] Das System zerfällt vielmehr in eine auf dem finalen Handlungsbegriff beruhende Dogmatik für Vorsatzdelikte und eine zweite, auf dem normativen Kriterium der Sorgfaltswidrigkeit gründende Dogmatik der Fahrlässigkeitsdelikte.[536]

c. Die Lehre der Sozialadäquanz

123 Mit der Lehre der Sozialadäquanz kennt auch das System der finalen Handlungslehre eine normative Beschränkung des Handlungsunrechts. Den Begriff führt *Welzel* bereits in seinen «Studien zum System des Strafrechts» im Jahr 1939 ein und will unter diesem Begriff alle Handlungen aus dem Unrechts-

529 *Welzel,* Strafrecht[11], 136; vgl. auch *Hirsch,* ZStW 94 (1982), 254; so auch noch *Armin Kaufmann,* Normentheorie, 284, aufgegeben in: *ders.,* ZfRV 1964, 46 f.

530 *Armin Kaufmann,* FS Welzel, 411; ferner *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert, 126 ff.

531 *Welzel,* Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 12.

532 Dass die finalistische Fahrlässigkeitsdogmatik nicht immer, sondern eben nur «in der Regel» an irgendeine einschlägige Handlung anknüpft, zeigt *Seher,* Zurechnung, 413 mit Fn. 126 und 411 Fn. 121, auf.

533 So *Seher,* Zurechnung, 413.

534 *Seher,* Zurechnung, 413; so bereits *Arthur Kaufmann,* JuS 1967, 150; vgl. auch *Niese,* Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 58 Fn. 77, wonach Fahrlässigkeitstatbestände Handlungen mit «strafrechtlich irrelevanter Finalität» erfassten.

535 *Seher,* Zurechnung, 413; vgl. auch *Jescheck/Weigend,* AT[5], 221; *Arthur Kaufmann,* JuS 1967, 150 ff.; Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* 13/74.

536 *Seher,* Zurechnung, 413.

begriff ausscheiden, «die sich funktionell innerhalb der geschichtlich gewordenen Ordnung des Gemeinschaftslebens eines Volkes bewegen».[537] Genaue Kriterien zur Bestimmung der «sozialen Adäquanz» nennt *Welzel* hingegen nicht.[538] Stattdessen benennt er lediglich Beispiele sozial adäquater Verhaltensweisen,[539] die er später zu Fallgruppen ausarbeitet.[540] Als «Sonderfall» der Sozialadäquanz betrachtete *Welzel* von Anfang an auch das erlaubte Risiko, das sich von sonstigen sozialadäquaten Handlungen nur durch den Grad der Rechtsgutsgefährdung unterscheide.[541]

124 *Welzel*s Umschreibung der Sozialadäquanz erweckt den Eindruck, dass vom gesellschaftlich Üblichen auf das sozial Adäquate geschlossen werde, worin freilich ein Fehlschluss zu sehen wäre.[542] Ein solches Verständnis der Sozialadäquanz weist *Welzel* jedoch ab und betont, dass der sozialen Adäquanz eine normativ-werthafte Seite immanent sei.[543] Dementsprechend soll es bei

537 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 516. Der völkische Einschlag dieser Aussage ist keineswegs zufällig. Hierzu *Ambos,* Nationalsozialistisches Strafrecht, 136 mit Fn. 724

538 *Otto,* FS Amelung, 227; *ders.,* FS Lenckner, 201; kritisch auch Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Mitsch,* § 16 N. 35; *Beckemper,* Jura 2001, 166; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 296; *Hassemer,* wistra 1995, 46; LK[11]-*Hirsch,* vor § 32 N. 29; *ders.,* ZStW 74 (1962), 93; *Jakobs,* ZStW 89 (1977), 5; *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 268; *Kudlich,* Unterstützung, 82; LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 51; *Roxin,* FS Klug, 304 f., 310; *ders.,* FS Androulakis, 580; *Weigend,* FS Nishihara, 200 f.

539 Besonders zu faszinieren scheint ihn dabei das Eisenbahnfahren: Der Rat des Neffen an den Erbonkel, eine Eisenbahnfahrt zu machen, in der Hoffnung, dass dieser bei einem Eisenbahnunglück sterbe, sei eine sozialadäquate und damit «schon objektiv überhaupt keine tatbestandsmässig rechtswidrige Handlung», selbst wenn das erhoffte Unglück tatsächlich eintritt (*Welzel,* ZStW 58 [1939], 517; Grundzüge[3], 51). Ferner sei auch der Betrieb der Eisenbahn eine sozialadäquate Tätigkeit, obwohl selbst bei Beachtung aller Sicherheitsvorkehrungen mit Unfällen zu rechnen sei (*Welzel,* Grundzüge[3], 51). Und schliesslich seien in Zusammenhang mit Eisenbahnen und anderen modernen Verkehrsmitteln auch die Freiheitsbeschränkungen sozialadäquat, die sich daraus ergeben, dass Eisenbahnzüge nur an bestimmten Stationen halten und ein vorzeitiges Verlassen der Eisenbahn daher in der Regel nicht möglich ist (*Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[4], 25; *ders.,* Grundzüge[3], 52). Daneben finden sich freilich auch weitere Beispiele, wie etwa das «Töten im Kriege» (*Welzel,* ZStW 58 [1939], 527) oder das Zeugen von Kindern (*Welzel,* Strafrecht[11], 55 f.).

540 *Welzel,* Strafrecht[11], 55 f. nennt folgende Fallgruppen: Verhaltensweisen, die sich im Rahmen der «‹normalen›, geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens» bewegen; die Teilnahme am modernen Strassen-, Schienen- oder Flugverkehr; das Abgeben wahrheitsgemässer Hinweise; die Ausübung ordnungsgemässer Geschäftsführung; sowie das Herbeiführen unerheblicher Schädigungen oder Verletzungen. Dazu *Seher,* Zurechnung, 408 f.; abweichend angeordnete Beispiele finden sich in *Welzel,* Grundzüge[3], 51 f. Eingehend dazu *Hirsch,* ZStW 74 (1962), 87 ff.

541 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 518.

542 Vgl. *Otto,* FS Amelung, 227 f.; ferner *Amelung,* FS Grünwald, 11, dessen Kritik sich aber auf die «professionelle Adäquanz» bei *Hassemer,* wistra1995, 41 ff., 81 ff. bezieht.

543 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 517 Fn. 38; vgl. auch *Cancio Meliá,* GA 1995, 184; *ders.,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 78.

der Sozialadäquanz nicht um faktisch übliches Verhalten, sondern um normative Inhalte gehen, die in die Tatbestände einfliessen.[544] Nur: Wenn Sozialadäquanz nicht mit faktisch akzeptierten, sozial üblichen Verhaltensweisen gleichgesetzt werden soll, sondern normativ bewertetes Verhalten bezeichnen will, dann müssten Kriterien angegeben werden, anhand deren aus der Gesamtheit der sozial üblichen Verhaltensweisen die sozial adäquaten selektiert werden können. Solche sind jedoch nicht ersichtlich.[545]

125 Neben den Kriterien für die Bestimmung der Sozialadäquanz bleibt aber auch die genaue systematische Einordnung der Rechtsfigur unklar. Anfänglich wollte *Welzel* die soziale Adäquanz der Ebene der Tatbestandsmässigkeit zuordnen. Das Beispiel des Neffen, der seinem Erbonkel den Rat erteilt, eine Eisenbahnfahrt zu machen, in der Hoffnung, dass dieser bei einem Eisenbahnunglück sterben werde, erweckt dabei den Eindruck, dass die (fehlende) Sozialadäquanz ein objektives Tatbestandsmerkmal sei. Denn *Welzel* hält fest, dass der Ratschlag eine sozialadäquate und damit «schon objektiv überhaupt keine tatbestandsmässig rechtswidrige Handlung» sei.[546] In einem anderen Fall scheint aber gerade der Vorsatz den Ausschlag für die Verneinung der Sozialadäquanz zu geben: Es sei nicht einzusehen, weshalb nicht derjenige als Mörder bestraft werden solle, «der ein lungenkrankes Mädchen, dem eine Schwangerschaft den Tod bringen muss, mit dieser Absicht schwängert».[547] Für die Sozialadäquanz kann es daher offenbar nicht (alleine) auf die «Typizität des äusseren Geschehens» ankommen, weil man ansonsten «den raffiniertesten Verbrecher, der seine Tat unter dem Anschein harmlosen, scheinbar sozialadäquaten Handelns verbirgt, straflos ausgehen lassen» müsste.[548] Weil sich die Sozialadäquanz zwar manchmal, aber nicht immer losgelöst von subjektiven Momenten feststellen lässt, kann sie kein rein objektives Tatbestandselement sein. Ebendies mag indes kaum zu erstaunen, zumal der Gegenstand, der

544 *Cancio Meliá,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 78; vgl. auch *ders.,* GA 1995, 184.

545 Kritisch zur Unbestimmtheit Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Mitsch,* §16 N. 35; *Beckemper,* Jura 2001, 166; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 296; *Hassemer,* wistra 1995, 46; LK[11]-*Hirsch,* vor §32 N. 29; *ders.,* ZStW 74 (1962), 93; *Jakobs,* ZStW 89 (1977), 5; *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 268; *Kudlich,* Unterstützung, 82; *Otto,* FS Amelung, 227; *ders.,* FS Lenckner, 201; LK[12]-*Rönnau,* vor §32 N. 51; *Roxin,* FS Klug, 304 f., 310; *ders.,* FS Androulakis, 580.

546 *Welzel,* Grundzüge[3], 51 f.; *ders.,* ZStW 58 (1939), 517, wonach es in diesem Fall nicht um Kausalität oder Vorsatz, sondern um Sozialadäquanz gehe.

547 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 519 f., der sich hier auf ein Beispiel bei *Mayer,* Strafrecht des Deutschen Reiches, 212 f. bezieht. Ausdrücklich anders aber *Welzel,* Strafrecht[11], 56.

548 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 519. Vgl. auch *ders.,* Grundzüge[3], 51, wonach die soziale Adäquanz zu verneinen wäre, wenn der Neffe um ein bevorstehendes Attentat auf die Eisenbahn wüsste.

unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz zu bewerten ist, letztlich immer eine Handlung sein muss. Weil es Handlungen mit dem finalen Handlungsbegriff nicht «an sich» geben kann, sondern nur in Bezug auf die vom Verwirklichungswillen gesetzten Folgen, überrascht es nicht, dass die Zwecksetzungen auch in die Bestimmung der Sozialadäquanz einfliessen. Damit erscheint die Sozialadäquanz aber weniger als eigenständiges (objektives oder subjektives) Kriterium der Tatbestandsmässigkeit, sondern vielmehr als «allgemeines Auslegungsprinzip».[549]

126 Obwohl *Welzel* die Sozialadäquanz erst spät als Auslegungsprinzip bezeichnet, lassen sich Andeutungen für eine entsprechende Einordnung bereits in den «Studien zum System des Strafrechts» finden. Dort bezeichnet *Welzel* die soziale Adäquanz als «immanentes Prinzip der Tatbestandsbildung» und führt aus, dass Tatbestandsbegriffe wie «töten», «verletzen» oder «beschädigen» nicht als kausale Begriffe zu verstehen seien, sondern als «soziale Bedeutungsmomente».[550] Ab 1952 ordnete *Welzel* die soziale Adäquanz zwischenzeitlich der Rechtswidrigkeitsebene zu, wobei er davon ausging, dass bei sozialadäquatem Verhalten die (gegebene) Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit nicht indiziere.[551] Die Sozialadäquanz sah er dabei zunächst nicht als eigentlichen Rechtfertigungsgrund an, sondern stellte sie den besonderen Rechtfertigungsgründen gegenüber.[552] Diesen Ansatz entwickelte *Welzel* sodann zur Auffassung weiter, dass die soziale Adäquanz ein gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungsgrund sei, der in der «sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens» begründet sei.[553] Diese Einordnung der Sozialadäquanz gab *Welzel* aber später wieder auf und betrachtet sie stattdessen als allgemeines Auslegungsprinzip, wodurch sie wieder in den Tatbestand verlagert wurde.[554] Als Auslegungsprinzip wurde die Sozialadäquanz seither eher zurückhaltend und bei ganz spezifischen Tatbeständen, wie etwa den Bestechungsdelikten, angewendet.[555] Damit hat sich die Sozialadäquanz zwar eine strafrechtsdogmatische Nische gesichert, in der sie bis heute überlebt

549 So ausdrücklich *Welzel,* Strafrecht[11], 58.

550 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 529, vgl. auch 527 ff.

551 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[2], 20.

552 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[2], 20: «So gibt es von dem Satz, dass tatbestandsmässiges Verhalten grundsätzlich rechtswidrig sei, eine doppelte Ausnahme. Die erste besteht für sozialadäquates Verhalten, das wegen seiner sozialen Normalität von vornherein verhindert, dass die Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert; die zweite besteht für die Rechtfertigungsgründe, die die indizierte Rechtswidrigkeit vermöge bestimmter Ausnahmelagen beseitigt» [Hervorhebungen entfernt].

553 *Welzel,* Bild des Strafrechtssystems[4], 25 f.

554 *Welzel,* Strafrecht[11], 58.

555 Dazu BSK[4]-Pieth, Art. 322[ter] N. 30 m.w.N.

hat.[556] Die Rechtsfigur der Sozialadäquanz hat damit aber erheblich an dogmatischer Bedeutung verloren.[557]

127 Der unsichere Stand der Lehre der Sozialadäquanz dürfte neben ihrer viel kritisierten Unbestimmtheit[558] auch damit zu begründen sein, dass ihre sozialethischen Wertungen bisweilen in einem Spannungsverhältnis zu den metadogmatischen Grundannahmen der finalen Handlungslehre standen, wonach sich die Handlung aus sachlogischen Strukturen ergebe, die dem Recht unveränderbar vorgegeben seien.[559] Insofern erstaunt es kaum, dass die Sozialadäquanz auch bei Vertretern der finalen Handlungslehre auf Widerstand gestossen ist.[560]

3. Würdigung

128 Auch wenn die finale Handlungslehre nach heute überwiegender Auffassung als strafrechtliche Handlungstheorie versagt hat,[561] ist nicht zu bestreiten, dass sie bedeutende Fortschritte in der Unrechtslehre ermöglicht hat.[562] Als zweifellos wichtigste Errungenschaft dürfte die personale Unrechtslehre anzusehen sein, die auf der Einsicht beruht, dass das Unrecht nicht allein durch objektive Elemente konstituiert werden kann, sondern wesentlich durch subjektive Merkmale mitbestimmt wird. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die Bedeutung des personalen Unrechtsbegriffs in der finalistischen Dogmatik im Wesentlichen auf die Vorsatzdelikte beschränkt bleibt. Zwar wird auch in der Dogmatik der fahrlässigen Delikte betont, dass sich das Unrecht nicht in der Verursachung des Erfolges erschöpfe, sondern ein Handlungsunwert vorausgesetzt werde. Dieser soll jedoch gerade nicht anhand der individuellen Fähigkeiten der handelnden Person bestimmt werden, vielmehr wird auf den objektivierenden und normativierenden Begriff der «im Verkehr erforderlichen Sorgfalt» abgestellt, dessen Inhalt anhand der objektivierten Massfigur des einsichtigen und besonnenen Menschen bestimmt wird.[563] Insofern

556 Dazu *Dölling,* FS Otto, 219 ff.

557 So die Einschätzung bei LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 49 ff.; *ders.,* JuS 2011, 313.

558 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 357

559 *Roxin,* FS Androulakis, 576 ff., 580; vgl. ferner *Ruppert,* Sozialadäquanz, 174 f.

560 LK[11]-*Hirsch,* vor § 32 N. 29; *ders.,* ZStW 74 (1962), 93 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 268.

561 *Roxin,* ZStW 74 (1962), 522 ff.; 548 f.; vgl. auch *Roxin/Greco,* AT I[5], § 8 N. 19 ff.

562 Vgl. *Roxin,* FS Androulakis, 590; *ders.,* AT I[4], § 8 N. 26. Aus diesem Grund entstand auch die Rede, dass es sich bei der finalen Handlungslehre in Wirklichkeit nicht um eine Handlungslehre, sondern um eine «finale Unrechtslehre» handle. Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* § 13 N. 70; *Hirsch,* ZStW 91 (1981), 844 ff.; *Seher,* Zurechnung, 443; *Struensee,* JZ 1987, 54; *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert, 80 f.

563 Vgl. *Welzel,* Strafrecht[11], 130 ff.; abweichend *Stratenwerth,* AT[1], N. 1167 ff.; *ders.,* FS Jescheck, 286 ff.

vermochte die finale Handlungslehre ihrem Anspruch, auch für Fahrlässigkeitsdelikte einen personalen Unrechtsbegriff entwickelt zu haben, nicht gerecht werden.[564] Dem Erfolg des finalistischen Straftatsystems als Unrechtslehre stand dies allerdings nicht entgegen.

B. Übergang zum heute vorherrschenden Verbrechenssystem

129 Ende der 1960er-Jahre hatte sich das finalistische System in der deutschen Strafrechtswissenschaft und in der Rechtsprechung weitestgehend durchgesetzt. Die methodischen Grundlagen der finalen Handlungslehre, insbesondere der auf einem ontologischen Ansatz basierende Handlungsbegriff, wurden aber nur von einem vergleichsweise kleinen Teil der Wissenschaft übernommen.[565] Der grössere Teil der Lehre verfolgte dagegen einen pragmatischen Ansatz, der – wie *Gallas* es in seiner Abhandlung «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen» formulierte – sich um die Bildung einer Synthese «zwischen den neuen Impulsen, die wir dem Finalismus verdanken, und gewissen unverzichtbaren Ergebnissen der vorausgehenden, vom Wert- und Zweckgedanken bestimmten Entwicklungsstufe unserer Wissenschaft» bemühte.[566] Praktisch bedeutete dies, dass der finale Handlungsbegriff abgelehnt und an seiner Stelle ein anderer Handlungsbegriff als Grundelement des Verbrechenssystem angenommen wurde, im Übrigen aber die systematischen Konsequenzen der finalen Handlungslehre weitgehend übernommen wurden.[567] Das sich daraus ergebende System dürfte in Deutschland bis heute als das vorherrschende Verbrechenssystem anzusehen sein.[568] Auch das derzeit in der Schweiz vorherrschende Straftatsystem entspricht weitestgehend dem finalistischen System.[569] Insofern trifft die Einschätzung von *Hirsch*, wonach seit der finalen Handlungslehre keine grundlegende Weiterentwicklung des Straftatsystems stattgefunden habe,[570] zumindest im Hinblick auf die in Deutschland und der Schweiz nach wie vor herrschenden Systemkonzeptionen durchaus zu.

564 *Seher,* Zurechnung, 412.

565 So *Neumann,* SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels, 157 f. m.w.N.

566 *Gallas,* ZStW 67 (1955), 47 (=Beiträge, 57 f.); vgl. auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 8 N. 9; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 214 referierend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 7 N. 23 f.

567 So *Roxin/Greco,* AT I[5], § 7 N. 24; kritisch dazu *Garcia,* FS Schünemann, 371.

568 So die Einschätzung bei Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 8 N. 9; vgl. auch *Jescheck/Weigend,* AT[5], 214.

569 So die Einschätzung bei *Seelmann/Geth*[6], N. 94 (ebenso *Geth*[7], N. 94).

570 *Hirsch,* FS Köln, 420.

130 Impulse für eine Weiterentwicklung des Verbrechenssystems kommen seit den 1970er-Jahren vor allem von Vertreter:innen funktionaler oder zweckrationaler Strafrechtssysteme. Obwohl sich diese Ansätze in mancherlei Hinsicht unterscheiden, ist ihnen die Annahme gemein, dass die Systembildung von strafrechtlichen Zwecksetzungen geleitet sein müsse.[571] Die bekanntesten zweckrationalen oder funktionalen Systementwürfe von *Roxin* und *Jakobs* sehen indes kaum tiefgreifende Veränderungen im dreistufigen Aufbau des Straftatsystems vor.[572] Vielmehr handelt es sich auch hier – wie beim Übergang vom klassischen zum neoklassischen Verbrechenssystem – gewissermassen um einen systemimmanenten Umbildungsprozess,[573] dessen Bedeutung alleine mit Blick auf den systematischen Aufbau des Straftatsystems nicht offensichtlich wird. Am deutlichsten erkennbar sind die Abweichungen zwischen den funktionalen Ansätzen und dem vorherrschenden Verbrechenssystem auf der Ebene der Schuld.[574] So wird bei *Roxin* die Schuld zur Kategorie der «Verantwortlichkeit» erweitert, in der zur herkömmlichen Schuld als Bedingung für die Strafbarkeit die präventive Notwendigkeit einer Bestrafung hinzutritt.[575] Noch einen Schritt weiter geht *Jakobs,* der ausgehend von seiner systemtheoretisch fundierten Strafzwecktheorie die Schuld gänzlich in generalpräventiven Erwägungen aufgehen lässt.[576] Von ihren Vertreter:innen werden zweckrationale Systementwürfe gerne als «im Vordringen» befindlich beschrieben.[577] Die Rückführung der Schuld auf das präventive Strafbedürfnis stösst aber in grossen Teilen der Literatur auf Ablehnung, weshalb sich die Systementwürfe als Ganzes bislang nicht durchzusetzen vermochten.[578]

131 Zu beachten ist aber, dass die Bedeutung dieser Systemkonzeptionen keineswegs auf die Rekonstruktion der Wertungsstufe der Schuld beschränkt

571 *Roxin,* AT I[4], §7 N. 26 ff. (entsprechend auch *Roxin/Greco,* AT I[5], §7 N. 26 ff.); *ders.,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, *passim; Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 45 ff.; *ferner Jakobs,* System der strafrechtlichen Zurechnung, *passim.*

572 *Roxin,* AT I[4], §7 N. 26 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §7 N. 26 ff.); *Jakobs,* AT[2], 6/59; ähnlich auch *Frisch,* SB Strafrechtssystem, 161 ff.; einen grundlegenderen Umbau des Straftatsystems sieht aber der Entwurf eines «teleologischen Strafrechtssystems» von *Schmidhäuser,* AT[2], 6/1 ff. (139 ff.) vor.

573 Die Parallele zum Übergang vom klassischen zum neoklassischen Verbrechenssystem erscheint auch insofern zutreffend, als das zweckrationale Systemdenken als Fortentwicklung des Neukantianismus angesehen werden kann. Siehe dazu *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 51.

574 *Schünemann,* SB Grundfragen des modernen Straftatsystems, 47 ff.

575 *Roxin,* AT I[4], §7 N. 29 ff. (*Roxin/Greco,* AT I[5], §7 N. 29 ff.).

576 *Jakobs,* Schuld und Prävention, 14 f. und 32; *ders.,* AT[2], 17/18 ff. mit Fn. 45; referierend *Roxin/Greco,* AT I[5], §7 N. 30.

577 Siehe etwa *Roxin,* AT I[4], §7 N. 32 (so weiterhin *Roxin/Greco,* AT I[5], §7 N. 32).

578 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §16 N. 15

geblieben ist, sondern sie auch eine Renaissance des wertenden Denkens innerhalb des objektiven Tatbestandes angestossen haben. Und dabei waren sie – wie die nachfolgenden Ausführungen zur Entwicklung der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung zeigen werden – höchst erfolgreich.[579]

C. Die Bedeutung des Finalismus für die Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung

132 Der Erfolg des finalistischen Straftatsystems führte – trotz oder gerade wegen seiner Errungenschaften bei der Weiterentwicklung der Unrechtslehre – auch zu einer Verlangsamung oder gar zu einem Stillstand hinsichtlich der weiteren Entwicklung der objektiven Zurechnung bzw. ihrer Zurechnungsgesichtspunkte.[580] Die Vorstellung, dass der Begriffsinhalt tragender Elemente des Strafrechtssystem durch sachlogische Strukturen unverrückbar vorgegeben und damit rechtlichen Wertungen entzogen sei, liess nur wenig Raum für normativistische Begriffsbildungen.[581] Durch das Verständnis der Handlung als menschliche Zwecktätigkeit und die damit verbundene systematische Verschiebung des Vorsatzes von der Schuld in den Tatbestand wurde den normativen Kriterien zur Selektion rechtlich relevanter Verursachungsvorgänge die rechtspraktische Bedeutung weitgehend entzogen: Kann zur Bestimmung des Unrechts darauf abgestellt werden, ob die handelnde Person die Tatbestandserfüllung subjektiv bezweckt hat, so besteht zumindest vordergründig wenig Anlass, viel Scharfsinn für Überlegungen zur objektiven Bezweckbarkeit des Erfolgs aufzuwenden.

IV. Die Entwicklung der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung

A. Wiederentdeckung der objektiven Zurechnung

133 Obwohl sich *Welzel* Anfang der 1930er-Jahre zustimmend zur Lehre von der objektiven Zurechnung geäussert hatte,[582] kam der objektiven Zurechnung in der später ausgearbeiteten finalen Handlungslehre keine Bedeutung mehr

579 Vgl. etwa die Würdigung bei *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 117; dazu auch unten, N. 216 ff.

580 Vgl. aber *Cancio Meliá,* GA 1995, 190 ff., der in der sozialen Adäquanz eine Vorläuferin der Normativierung des objektiven Tatbestandes erblickt.

581 Eingehend zur Sozialadäquanz oben N. 123 ff.

582 *Welzel,* ZStW 51 (1931), 718 ff. mit Fn. 30,

zu.[583] Aufgrund des prägenden Einflusses der finalen Handlungslehre auf die Strafrechtsdogmatik fand die objektive Zurechnung zunächst auch ausserhalb der finalen Handlungslehre kaum Beachtung.[584] Dies änderte sich um das Jahr 1970, als mehrere Autor:innen offenbar unabhängig voneinander die Idee wieder aufgriffen und eine von der Kausalität zu unterscheidende Erfolgszurechnung entwickelten.[585]

134 Den Anfang machte dabei *Jescheck,* der sich bereits 1965 in seiner Abhandlung über «Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht» unbefangen des Begriffes der objektiven Zurechnung bedient und ihn in einen Zusammenhang mit Fällen gestellt hatte, in denen die Rechtsprechung gestützt auf die «Theorie des adäquaten Kausalzusammenhangs» die Voraussehbarkeit des Erfolges verneint hatte, und dabei darauf hinwies, dass es in diesen Fällen eigentlich um normative Erwägungen gehe.[586] Dabei bezeichnet *Jescheck* die Kausalität selbst aber als «[e]rste Bedingung der Zurechnung des Erfolges»[587] und nimmt damit keine Trennung zwischen der Kausalität und der objektiven Zurechnung vor. Dennoch enthalten seine Überlegungen zum Fahrlässigkeitsdelikt bereits die wesentlichen Gesichtspunkte, die später in die Lehre von der objektiven Zurechnung einfliessen.

135 Eine selbstständige Lehre der Erfolgszurechnung – die er systematisch bereits beim Vorsatzdelikt einordnet – begründet *Jescheck* schliesslich 1969 in seinem Lehrbuch zum allgemeinen Teil des Strafrechts.[588] Er stellte wie *Honig* die objektive Zurechnung neben die Kausalität und begründete dies damit, dass eine kausale Beziehung zwischen der Handlung und dem Erfolg für sich genommen nicht ausreichen könne, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Handelnden zu bejahen. Nicht das Verhältnis von Ursache und Wirkung sei für das Strafrecht wesentlich, sondern «allein die Frage, ob der Erfolg dem Täter unter dem Gesichtspunkt gerechter Bestrafung objektiv zugerechnet werden» dürfe.[589] Den Begriff der objektiven Zurechnung begreift *Jescheck* dabei im Sinne von *Larenz* als Urteil darüber, «ob ein Geschehnis als ‹Tat› eines bestimmten Menschen anzusehen» sei.[590] Trotz seiner Bezugnahmen

583 Zur Bedeutung des Zurechnungsbegriffs *Seher,* Zurechnung, 432.

584 Vgl. *Schmidhäuser,* AT[1], 8/58 (183), wonach sich der Begriff der «objektiven Zurechnung» in der zeitgenössischen Lehre nur vereinzelt finde.

585 *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 55 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 106.

586 *Jescheck,* Aufbau der Fahrlässigkeit, 17 ff.

587 *Jescheck,* Aufbau der Fahrlässigkeit, 16.

588 *Jescheck,* AT[1], 187 f.

589 *Jescheck,* AT[1], 187 f.

590 *Jescheck,* AT[1], 188.

auf *Larenz* und *Honig* sieht *Jescheck* die (objektive) Bezweckbarkeit nicht als das entscheidende Kriterium der objektiven Zurechnung an, sondern will stattdessen – zumindest beim Vorsatzdelikt – in erster Linie auf jenes der Adäquanz abstellen.[591] Beim Fahrlässigkeitsdelikt hingegen hält *Jescheck* an seiner früheren Darstellung fest, wonach der Kausalzusammenhang die erste Voraussetzung der objektiven Zurechnung sei,[592] und führt damit die Trennung zwischen der Feststellung der Kausalität und der objektiven Zurechnung des Erfolgs gerade nicht durch.[593] Die Kausalität alleine genüge aber nicht für die objektive Zurechnung des Erfolge, erforderlich sei vielmehr, dass der Erfolg seine «spezifische Voraussetzung gerade in der Sorgfaltspflichtverletzung gehabt» haben müsse.[594] In Fällen, in denen der Erfolg möglicherweise auch bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre, will *Jescheck* die Zurechenbarkeit des Erfolges bejahen, sofern die Verletzung der Sorgfaltspflicht mit einer erheblichen Steigerung der Gefahr für das Handlungsobjekt verbunden war.[595] Verneinen will er die objektive Zurechnung des Erfolgs aber, wenn der Erfolg ausserhalb des Schutzzwecks der Norm liege.[596]

136 Im selben Jahr veröffentlichte *Rudolphi* einen Aufsatz mit dem Titel «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre».[597] Darin griff er die bislang im Strafrecht nur vereinzelt zur Lösung von Zurechnungsproblemen herangezogenen Überlegungen zum Schutzzweck der Norm auf und baute diese zu einer eigenständigen Lehre aus.[598] Der Schutzzweck der Norm bot seiner Auffassung zufolge bei der Zurechnung des unrechtsbegründenden Erfolgs im Vergleich zur Adäquanzformel einen «verfeinerten und verbesserten Zurechnungsmaßstab».[599] Im Vergleich zu

591 Neben der «Adäquanztheorie» erwähnt *Jescheck,* AT[1], 192 ff. als «weitere Möglichkeit der Begrenzung der objektiven Zurechnung» sodann den «Gedanken der sozialen Adäquanz» (a.a.O., 194); vgl. zum Ganzen auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 106.

592 *Jescheck,* AT[1], 387; so auch noch *Jescheck/Weigend,* AT[5], 583.

593 Vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 106.

594 *Jescheck,* AT[1], 387 [Hervorhebungen entfernt].

595 *Jescheck,* AT[1], 388 folgt damit der Risikoerhöhungstheorie von *Roxin,* ZStW 74 (1962), 430 ff.; *ders.,* ZStW 78 (1966), 217 ff.

596 *Jescheck,* AT[1], 387 mit Hinweis auf *v. Caemmerer,* Gesammelte Schriften, 445 ff.; *Hardwig,* JZ 1968, 291; *Stoll,* Kausalzusammenhang, 13 ff.; *Gimbernat Ordeig,* Inadäquate Handlungen, 133 ff. (=Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 104 ff.).

597 *Rudolphi,* JuS 1969, 549 ff.;

598 *Rudolphi,* JuS 1969, 552 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 102; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument 54; eingehend zu *Rudolphis* Schutzzwecklehre *Degener,* Schutzzweck der Norm, 19 f.

599 *Rudolphi,* JuS 1969, 552; vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 102; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 54; eingehend *Degener,* Schutzzweck der Norm, 20 ff.

den Schutzzwecküberlegungen, die ab Mitte der Sechzigerjahre vom Zivilrecht auf das Strafrecht übertragen wurden,[600] erweiterte *Rudolphi* den Anwendungsbereich seiner Schutzzwecklehre, sodass sie schon einen grossen Teil der Problemfelder abdeckte, die heute unter der Lehre von der objektiven Zurechnung diskutiert werden.[601] Nicht vom Schutzzweck der Norm sollten nach *Rudolphi* zunächst erlaubte Erfolge gedeckt sein, die aber durch sorgfaltswidriges Verhalten herbeigeführt wurden. Als Beispiel nennt er einen Fall aus der Rechtsprechung, in dem ein Fahrzeuglenker ein anderes Fahrzeug verbotswidrig überholte, wobei der Lenker des überholten Fahrzeugs erschrak und einen tödlichen Herzinfarkt erlitt.[602] In diesem Fall sei die beschuldigte Person nicht wegen der Gefahr eines Herzinfarkts willen verpflichtet gewesen, das Überholen zu unterlassen. Der mehr oder weniger zufällige Umstand, dass das Verhalten in anderer Hinsicht eine Sorgfaltsnorm verletze, vermöge die fehlende rechtliche Missbilligung der tatsächlich stattgefundenen Erfolgsverursachung nicht zu ersetzen.[603] Dieser Gedankengang erinnert, obwohl er auf den Schutzzweck der Sorgfaltsnorm bezogen wird, durchaus noch an die Überlegungen von *M.L. Müller*.[604] *Rudolphi* behandelt unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm aber auch Fälle, bei denen in Frage steht, ob der Erfolg auch bei einem hypothetisch pflichtgemässen Verhalten eingetreten wäre,[605] die heute überwiegend unter dem Titel des «Pflichtwidrigkeitszusammenhanges» diskutiert werden.[606] Daneben erörtert er auch Fälle von Folge- und Dauerschäden, von durch Dritten herbeigeführten Folgeverletzungen sowie die Veranlassung von Selbstgefährdungen.[607]

137 Im Jahr 1970 griff auch *Schmidhäuser* in seinem Lehrbuch die Idee der objektiven Zurechnung auf und wollte dabei das Erfordernis der Kausalität vollständig durch jenes der objektiven Zurechnung ersetzen.[608] Dem «Täter objektiv zur Tat […] zugerechnet werden» kann ein Erfolg seiner Auffassung nach nur dann, wenn sich im Erfolg die «Gefährlichkeit der Handlung» niederschlägt.[609] Zu beachten ist dabei, dass *Schmidhäuser* zu den wenigen Autoren

600 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 101 f.; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 177; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 53 f.; zur Entwicklung der Schutzzwecklehre im Besonderen unten N. 402 ff.

601 *Rudolphi,* JuS 1969, 552 ff.

602 OLG Stuttgart, NJW 1959, 2320; *Rudolphi,* JuS 1969, 553.

603 *Rudolphi,* JuS 1969, 553

604 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 55 ff.

605 *Rudolphi,* JuS 1969, 553 ff.

606 Dazu eingehend unten N. 417 ff.

607 *Rudolphi,* JuS 1969, 554 ff.

608 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/54 (182).

609 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/54 (182) und 8/57 (183).

gehört, die das finalistische System nicht übernehmen, weshalb bei ihm die «subjektive Zurechnung», bei der es um die Frage geht, ob die Täter:in vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, auf der Schuldebene verbleibt.[610] Zur Beantwortung der für die objektive Zurechnung des Erfolgs relevanten Frage, ob sich die geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert, stellt *Schmidhäuser* auf einen objektiven Massstab ab, der auch Umstände berücksichtigt, die der Täter:in nicht bekannt sein konnten.[611] So will *Schmidhäuser* im sog. Bluter-Fall,[612] in dem das an Hämophilie leidende Opfer vom Täter nur ganz leicht verletzt wird, aber gleichwohl an den Folgen der Verletzung stirbt, den Erfolg zurechnen, da sich die Gefährlichkeit der Handlung im Erfolg realisierte.[613] Ob die Täter:in oder ein Dritter die Gefahr erkennen könnte, sei für die objektive Zurechnung hingegen irrelevant.[614] Bemerkenswert an *Schmidhäusers* Konzeption der objektiven Zurechnung ist sodann, dass er unter dem Titel «Einzelfragen der Handlungs- und Zurechnungslehre» Fallgestaltungen diskutiert, die unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung des Erfolgs problematisch sein könnten, und dabei auch solche ausweist, welche gerade nicht die objektive Zurechnung betreffen.[615] Nicht zur objektiven Zurechnung zählt er die «Gefahrenminderung»[616] und die Frage, ob der Erfolg gerade durch die Pflichtwidrigkeit verursacht worden ist.[617] Bei Letzterem handle es sich nicht um eine Frage der objektiven Zurechnung, sondern des erlaubten Risikos, das er als Unterfall der sozialen Adäquanz bei den Rechtfertigungsgründen einordnet.[618]

610 *Schmidhäuser,* AT[1], 10/26 ff. (302 ff.); neben *Schmidhäuser* hielten auch Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* §12 N. 14 ff. und §18 N. 41 am neoklassischen System fest. In der Schweiz vertrat insbesondere *Schultz,* AT[4], 187 bis zur letzten Auflage seines Lehrbuchs ein neoklassisches System.

611 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/73 (188 f.)

612 RGSt 54, 349

613 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/54 ff. (182 ff.).

614 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/73 (188 f.) will diese Fragen erst auf der Ebene der Schuld berücksichtigen.

615 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/72 ff. (188 ff.) diskutiert neben der Realisierung der Handlungsgefahr im Erfolg folgende Fallgestaltungen: «Beschleunigung des Erfolgseintritts», das «gleichzeitige Zusammentreffen von objektsgefährdenden Geschehensabläufen», das «Bereitstellen einer anderen Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung», dem «Handeln des Täters nachfolgende Gefährdungshandlungen (oder Gefährdungen zulassende Unterlassungen) anderer Personen» und die «tätige Verhinderung der Erfolgsabwehr». Anders als etwa bei *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53 ff. bezeichnen die genannten Fallgestaltungen nicht Fallgruppen in denen die objektive Zurechnung auszuschliessen ist, sondern Fälle, bei denen nicht ohne Weiteres klar ist, ob der Erfolg objektiv zugerechnet werden kann.

616 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/87 (195 f.) und 8/126 ff. (212 f.)

617 *Schmidhäuser,* AT[1], (196)

618 *Schmidhäuser,* AT[1], 8/88 (196) und 9/19 ff.

138 Im Jahr 1970 erschien auch die Festschrift für *Richard Honig* mit *Roxins* berühmtem Aufsatz «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht»,[619] der sogleich näher zu beleuchten sein wird. Neben diesem Beitrag enthielt die Festschrift aber auch einen Aufsatz von *Schaffstein,* der sich mit der «Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe» auseinandersetzte.[620] Dabei anerkannte *Schaffstein* zunächst die objektive Zurechnung als allgemeine zur Kausalität hinzutretende Haftungsvoraussetzung, setzte das von *Honig* benannte Kriterium der objektiven Bezweckbarkeit aber kurzerhand mit der Risikoerhöhung gleich.[621] Dieses objektive Zurechnungsprinzip will *Schaffstein* sodann für die Beteiligungsform der Beihilfe fruchtbar machen und gelangt zum Ergebnis, dass eine «Förderung der Haupttat» eine Risikoerhöhung voraussetze. Hilfeleistungen, die keine solche Risikoerhöhung bewirkten, stellten hingegen keine Beihilfe dar und blieben somit straflos.[622]

B. Grundlegung und Durchbruch der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung

1. Grundlegung der modernen Zurechnungslehre

139 Nach gängiger Darstellung war es gerade *Roxins* Aufsatz in der Festschrift für *Richard Honig,* der dem Gedanken der objektiven Zurechnung zum Durchbruch verhalf.[623] *Roxin* hebt zunächst die Bedeutung von *Honigs* Einsicht in die kategoriale Eigenart des Zurechnungsurteils hervor, das als selbstständiges Urteil zum Kausalurteil hinzutreten müsse. Denn die eigentlich wichtige Grundfrage liege nicht in der Feststellung von Gegebenheiten, sondern in der «Feststellung der Massstäbe, nach denen wir bestimmte Erfolge einer Person zurechnen wollen».[624] Dieser Wechsel des Blickwinkels von der Kausalität zur Zurechnung wirke sich bereits auf die Handlungslehre aus, indem sie die These von der Normativität des strafrechtlichen Handlungsbegriffes impliziere.[625] Ausgehend davon sei das grundlegende Problem der Verbrechenslehre «nicht in der Auffindung einer ontologischen Handlungsstruktur» zu

619 *Roxin,* FS Honig, 134 ff.

620 *Schaffstein,* FS Honig, 169 ff.

621 *Schaffstein,* FS Honig, 170.

622 *Schaffstein,* FS Honig, 184.

623 Zu dieser Einschätzung *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 107; *Jäger,* Zurechnung und Rechtfertigung, 4; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 59; *ders.,* FS Androulakis, 662; *K. Schumann,* Jura 2008, 412; *Schünemann,* GA 1999, 212; *Seher,* Zurechnung, 447.

624 *Roxin,* FS Honig, 133.

625 *Roxin,* FS Honig, 133.

sehen, sondern vielmehr «in der Aufstellung eines inhaltlich konkretisierbaren allgemeinen Zurechnungsmassstabes.»[626]

140 *Roxin* wendet seine Aufmerksamkeit in der Folge dem von *Honig* beschriebenen Zurechnungsmassstab zu. *Honig* hatte seinen Zurechnungsmassstab mit der normtheoretischen Überlegung fundiert, dass sich Verbote an den menschlichen Willen richten, weshalb nur das gefordert werden könne, «was im menschlichen Machtbereich» liege.[627] Hinsichtlich des der objektiven Bezweckbarkeit zugrundeliegenden Kriteriums der «Beherrschbarkeit durch den menschlichen Willen» gelangt *Roxin* indes zur Einschätzung, dass dieses bei näherem Hinsehen «nur scheinbar an der Faktizität des Könnens orientiert» sei.[628] So sieht *Roxin* beim Gewitterfall die Verneinung der objektiven Bezweckbarkeit nicht darin begründet, dass es dem Onkel, der seinen Neffen im Gewitter nach draussen schickt, nicht möglich gewesen wäre, von seinem Verhalten Abstand zu nehmen, sondern alleine darin, dass «dieses Verhalten kein messbares Risiko einer Rechtsgüterverletzung» schaffe.[629] Dadurch bringt *Roxin* die objektive Bezweckbarkeit mit dem sog. Risikoerhöhungsprinzip in Verbindung, das er bereits acht Jahre zuvor ins Zentrum seiner Fahrlässigkeitsdogmatik gestellt hatte,[630] und versucht anschliessend ausgehend davon, eine allgemeine Zurechnungslehre zu erarbeiten.[631] Dazu benennt *Roxin* vier zurechnungsrelevante Gesichtspunkte: Die «Risikoverringerung», die «Schaffung oder Nichtschaffung eines rechtlich relevanten Risikos», die «Steigerung oder Nichtsteigerung des erlaubten Risikos» sowie den «Schutzbereich der Norm als Zurechnungsmassstab».[632] Die ersten drei Zurechnungsgesichtspunkte sollen bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten übereinstimmen. Demgegenüber hält *Roxin* es aber für möglich, dass der Schutzbereich der Norm bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten abweichend bestimmt werde.[633]

626 So *Roxin,* FS Honig, 133. Zu beachten ist, dass sich die objektive Zurechnung damit nahtlos in *Roxins* Kritik an der finalen Handlungslehre (*Roxin,* ZStW 74 (1962), 515 ff.) und in sein an kriminalpolitischer Zweckmässigkeit orientiertes funktionales Straftatsystem (dazu *Roxin,* Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, *passim*) einfügen lässt.

627 *Honig,* FS Frank, 187 f.

628 *Roxin,* FS Honig, 135.

629 *Roxin,* FS Honig, 135 mit Hinweis auf *Honig,* FS Frank, 186; zur Risikoerhöhung bereits *Roxin,* ZStW 74 (1962), 411 ff.

630 Nach diesem Prinzip sollte der pflichtwidrig Handelnde nur, aber immerhin für die Herbeiführung des Erfolges haften, wenn sein Verhalten im Vergleich zu einem hypothetischen, nach den Grundsätzen des erlaubten Risikos zulässigen Alternativverhalten das Risiko des Erfolgseintritts gesteigert hat. *Roxin,* ZStW 74 (1962), 430 ff.; so auch *Jescheck,* AT[1], 388.

631 *Roxin,* FS Honig, 135 f.; in diese Richtung auch *Schaffstein,* FS Honig, 170.

632 *Roxin,* FS Honig, 136, 138 und 140.

633 *Roxin,* FS Honig, 144.

a. Die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte

141 Unter dem Gesichtspunkt der *Risikoverringerung* will *Roxin* ein Verhalten der Täter:in nicht als Tatbestandshandlung zurechnen, wenn die Täter:in durch ihr Verhalten zwar eine Mitursache für den Eintritt des Erfolges gesetzt, das Risiko des Erfolgseintritts dadurch aber nicht erhöht, sondern verringert hat. Denn ein Verhalten, das die «Verletzungs-Chance» reduziere, könne objektiv nicht als «im Hinblick auf eine Beeinträchtigung der Körperintegrität zweckhaft gesetzt» gedacht werden.[634] Wer also einen Stein, der bedrohlich auf den Kopf einer anderen Person zufliegt, zwar nicht vollständig, aber immerhin auf eine weniger gefährdete Körperpartie ablenkt, begehe demnach nicht bloss eine allenfalls gerechtfertigte Körperverletzungshandlung, sondern gar keine Tatbestandshandlung.[635]

142 Für das Zurechnungserfordernis der *Schaffung oder Nichtschaffung eines rechtlich relevanten Risikos* knüpft *Roxin* an die Adäquanztheorie an, die – in der von *Engisch* geprägten Fassung – im Wesentlichen besage, dass ein Erfolg nicht zurechenbar ist, wenn die Handlung der Täter:in kein rechtlich relevantes Risiko einer Rechtsgüterverletzung geschaffen hat.[636] Die Funktion des der Adäquanz zugrundeliegenden Kriteriums der objektiven Voraussehbarkeit erblickt *Roxin* bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten gleichermassen darin, bei an sich ungefährlichen Verhaltensweisen die «Zurechnung zufällig eintretender Rechtsgutsverletzungen zu verhindern».[637] Als Beispiel hierfür nennt *Roxin* neben dem bereits erwähnten Gewitterfall eine Variante des Erbonkelfalles.[638] Nach denselben Gesichtspunkten seien aber auch die sog. Kausalabweichungen zu lösen, womit er Fälle anspricht, in denen zwar durchaus ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen wurde, der Erfolg aber durch ein ganz anderes Risiko unmittelbar herbeigeführt wird. So sei der Erfolg dem Fahrzeuglenker nicht zuzurechnen, wenn die von ihm angefahrene Person auf dem Transport ins Spital bei einem Autounfall sterbe, weil die Herbeiführung einer Autofahrt in sich kein rechtlich relevantes Risiko berge.[639] Zu einem anderen Ergebnis gelangt *Roxin* aber im sog. Brückenpfeilerfall, bei dem die Täter:in ihr Opfer mit Tötungsvorsatz von einer Brücke wirft, dieses aber nicht

634 *Roxin,* FS Honig, 136.

635 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 136.

636 *Roxin,* FS Honig, 136 mit Hinweis auf *Engisch,* Kausalität, 41 ff.

637 *Roxin,* FS Honig, 137.

638 *Roxin,* FS Honig, 137: «Niemand wird eine Tötungshandlung annehmen, wenn die Empfehlung einer Flugreise wunschgemäss zum Absturz und zum Tode des Erbonkels führt.»

639 *Roxin,* FS Honig, 137.

wie erwartet ertrinkt, sondern beim Aufprall auf einen Brückenpfeiler an einem Genickbruch stirbt, weil dem Verhalten des Täters das Risiko eines solchen Geschehensablaufes von vornherein inhärent war.[640] Daneben will *Roxin* dieses Zurechnungserfordernis noch auf andere Fallgestaltungen anwenden und tönt an, dass es etwa für Fragestellungen im Bereich der Teilnahmelehre oder aber der Bestimmung des Versuchsbeginns beim unechten Unterlassungsdelikt fruchtbar gemacht werden könnte.[641]

143 Mit Blick auf die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos ist hervorzuheben, dass *Roxin* zunächst an das erste Adäquanzurteil bei *Engisch* anknüpft, anhand dessen festgestellt werden soll, ob überhaupt eine adäquate Gefahr für den Erfolg geschaffen wurde.[642] Gleichzeitig will er unter demselben Gesichtspunkt auch die Kausalabweichungen erfassen, für die *Engisch* auf ein zweites Adäquanzurteil angewiesen ist.[643] Dieses zweite Adäquanzurteil wird zwar bei *Roxin* angetönt.[644] Die auf der Trennung dieser Adäquanzurteile beruhende Unterscheidung zwischen Risikoschaffung und Risikoverwirklichung, die sich später in der Grundformel der heutigen Lehre von der objektiven Zurechnung niederschlagen und damit deren Strukturen erheblich prägen sollte, findet sich hier aber noch nicht.[645]

144 Der dritte Zurechnungsgesichtspunkt der *Steigerung oder Nichtsteigerung des erlaubten Risikos* baut auf der Annahme auf, dass sozial nützliche Verhaltensweisen, mit denen durchaus rechtlich relevante Risiken einhergehen, vom Gesetzgeber bis zu einem gewissen Grad gestattet werden.[646] Daraus, dass der Gesetzgeber die Eingehung gewisser Risiken gestatte, folgt für *Roxin,* dass eine Zurechnung erst erfolgen könne, wenn das Verhalten des Täters das Risiko

640 *Roxin,* FS Honig, 137. Der Brückenpfeilerfall wird in der Literatur häufig im Zusammenhang mit dem Irrtum über den Kausalverlauf diskutiert, wobei letztlich ebenfalls auf den Adäquanzmassstab abgestellt wird, weshalb im Ergebnis aus der objektiven Zurechenbarkeit des Erfolgs auch folgt, dass der Irrtum unbeachtlich sein müsse. Siehe hierzu etwa *Seelmann/Geth*[6], N. 139 (ebenso *Geth*[7], N. 139); *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 102

641 *Roxin,* FS Honig, 137 f. verweist hier in Bezug auf die Teilnahmelehre auf *Schaffstein,* FS Honig, 169 ff.

642 *Engisch,* Kausalität, 61 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 95.

643 *Roxin,* FS Honig, 137; zum zweiten Adäquanzurteil bei *Engisch,* Kausalität, 61, siehe auch oben N. 94 f.

644 Deutlich ersichtlich wird dies bei *Roxin,* FS Honig, 137. Das Anfahren einer Person stellt durchaus eine rechtlich relevante Risikoschaffung dar, insofern wäre eine rechtlich relevante Risikoschaffung zu bejahen. *Roxin* lehnt die Zurechnung im Ambulanzfall aber mit der Begründung ab, dass die Veranlassung des letztlich tödlichen Krankentransports keine rechtlich relevante Risikoschaffung darstelle.

645 Diese wird erst durch SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57 ff. eingeführt. Dazu unten N. 155.

646 *Roxin,* FS Honig, 138.

über die Grenze des erlaubten Risikos hinaus steigere.[647] Sofern eine Risikosteigerung aber vorliege, geht *Roxin* nicht nur davon aus, dass das Risiko zugerechnet werden könne, sondern dass es auch zugerechnet werden müsse – und zwar unabhängig davon, ob der Erfolg möglicherweise auch bei einem pflichtgemässen Verhalten eingetreten wäre.[648] Damit spricht *Roxin* zugleich die Kernaussage seiner bis heute umstrittenen Risikoerhöhungstheorie an.[649] Was genau damit gemeint ist, illustriert *Roxin* am Beispiel des Ziegenhaarfalles, bei dem ein Fabrikant vorschriftswidrig nicht desinfizierte Ziegenhaare zur Verarbeitung an seine Angestellten ausgab, woraufhin vier Angestellte sich mit Milzbranderregern infizierten und starben.[650] Die Krux an diesem Fall besteht nun darin, dass die Wirksamkeit der vorgeschriebenen Desinfektionsarten im Hinblick auf die Milzbranderreger zweifelhaft war und somit nicht ausgeschlossen werden konnte, dass sich die Arbeiterinnen auch bei einer vorgängigen Desinfektion der Ziegenhaare angesteckt hätten.[651] Dass auch bei Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen ein gewisses, wesentlich reduziertes Risiko verbleibe, dürfe nun aber nicht bedeuten, dass dies denjenigen entlaste, der durch die Ausserachtlassung jeglicher Sicherheitsvorschriften ein «diese Toleranzgrenze wesentlich überschreitendes Risiko» schaffe.[652] Die Zurechnung des Erfolges dürfe daher nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Täter:in durch ihr Verhalten das Risiko im Vergleich zum erlaubten Risiko nicht steigere.[653] Beim Ziegenhaarfall etwa wäre dies nach *Roxin* aber nur dann gegeben, wenn die vorgeschriebenen Desinfektionsmittel in Bezug auf die Milzbranderreger keinerlei Wirkung entfaltet hätten.[654]

145 Unter dem Gesichtspunkt der Steigerung oder Nichtsteigerung des erlaubten Risikos fasst *Roxin* damit gerade zwei wesentliche Aussagen zusammen. Einerseits soll die Zurechnung des Erfolgs ausgeschlossen werden, wenn einschlägige Sicherheitsvorschriften eingehalten werden oder zumindest das bei Einhaltung dieser Vorschriften verbleibende erlaubte Risiko nicht überschritten wird. Andererseits soll aber die Überschreitung des Rahmens des erlaubten Risikos die Zurechnung des Erfolges auch dann zur Folge haben, wenn nicht erstellt ist, ob die Einhaltung der Sorgfaltsvorschriften den Erfolg

647 *Roxin,* FS Honig, 138.

648 *Roxin,* FS Honig, 138.

649 Vgl. dazu insb. *Roxin,* ZStW 74 (1962), 430 ff.

650 *Roxin,* FS Honig, 139 mit Hinweis auf RGSt. 63, 211.

651 RGSt. 63, 211, 213.

652 *Roxin,* FS Honig, 139.

653 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 139.

654 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 139.

vermieden hätten. Letzteres ist bis heute umstritten, diese Frage wird aber mittlerweile unter einem eigenen Gesichtspunkt, nämlich dem sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang,[655] diskutiert.

146 Als vierten und letzten Zurechnungsgesichtspunkt benennt *Roxin* den *Schutzzweck der Norm als Zurechnungsmassstab.* Diesen Topos will *Roxin* allerdings nicht «als synonym mit dem der objektiven Bezweckbarkeit behandeln».[656] Denn eine eigenständige Funktion könne dem Gedanken des Schutzbereichs der Norm nur dann zukommen, wenn er für Fälle reserviert werde, die nicht bereits von den übrigen drei Gesichtspunkten erfasst werden.[657] Als Zurechnungsmassstab soll der Schutzzweck der Norm daher nur in Fällen zur Anwendung kommen, in denen der Täter zwar ein nirgends gestattetes Risiko schafft und sich dieses im Erfolg niederschlägt, dieser aber gleichwohl nicht zugerechnet werde, weil «der Gesetzgeber den Handelnden dafür nicht verantwortlich machen» wollte.[658] Zur Verdeutlichung nimmt *Roxin* auf die im Lehrbuch von *Jescheck* verwendeten Beispiele Bezug und legt dar, dass im Fall, in dem ein trotz abgelaufenem Führerschein fahrender Automobilist einen Fussgänger verletzt, der Zurechnungsausschluss nicht mit dem Schutzzweck der Norm zu begründen sei, da es bereits an einer Überschreitung des erlaubten Risikos fehle, sofern der Fahrzeuglenker die Verkehrsregeln einhalte.[659] Anders liege es hingegen im Radfahrerfall, bei dem zwei Radfahrer nachts ohne die vorgeschriebene Beleuchtung hintereinander fahren und der vordere Fahrer mit einem entgegenkommenden Radfahrer kollidiert.[660] In diesem Fall geht *Roxin* davon aus, dass der hintere Radfahrer durch das vorschriftswidrige Fahren ohne Licht auch die Gefahr für den vorderen Radfahrer wesentlich erhöhe, sich aber der Schutzbereich des Beleuchtungsgebotes nur auf die vom eigenen Rad ausgehenden Risiken erstrecke.[661] Unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm spricht *Roxin* sodann die sog. Retterfälle an, bei denen die beschuldigte Person sich selbst oder eine andere Person in Gefahr bringt und dadurch eine Drittperson zu einer Rettungshandlung veranlasst, in deren Rahmen diese geschädigt wird.[662] *Roxin* betont dabei, dass die im Hinblick auf den Schutzzweck der Norm anzustellenden

655 Dazu unten N. 417 ff.

656 *Roxin,* FS Honig, 140.

657 *Roxin,* FS Honig, 140 f.

658 *Roxin,* FS Honig, 141.

659 *Roxin,* FS Honig, 141 mit Hinweis auf *Jescheck,* AT[1], 387.

660 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 141; *ders.,* Täterschaft und Tatherrschaft[2], 532; zu diesem Fall auch RGSt 63, 392; ferner *Exner,* FS Frank, 585 ff.; *Jescheck,* AT[1], 387

661 *Roxin,* FS Honig, 141; zu diesem Fall auch unten N. 407 ff.

662 *Roxin,* FS Honig, 142 f.

Erwägungen im Strafrecht anders ausfallen können als im Zivilrecht, weshalb die Zurechnung des Erfolgs unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten plausibel sein könne, wenngleich sie im Strafrecht abzulehnen sei.[663]

147 Zu beachten ist dabei, dass *Roxin* in den sog. Retterfällen den Blick von der vorstrafrechtlichen Sorgfaltsnorm auf die dem Straftatbestand zugrundeliegende Norm zu verschieben scheint.[664] Würde man, wie in den beiden ersten Beispielen, auf den Schutzbereich einer Sorgfaltsnorm abstellen, so erschiene es merkwürdig, deren Schutzbereich für das Zivil- und Strafrecht unterschiedlich zu bestimmen. Rücken nun aber die den strafrechtlichen Tatbeständen bzw. den haftpflichtrechtlichen Bestimmungen zugrundeliegenden Normen ins Zentrum der Überlegung, so erscheint es plausibel, dass den jeweiligen Normen unterschiedliche Zwecke zukommen sollen. Indem *Roxin* aber sowohl den Schutzbereich der Sorgfaltsnorm als auch jenen der dem Tatbestand zugrundeliegenden Norm in seine Überlegungen einbezieht, vereint er wiederum verschiedene Zurechnungsgesichtspunkte unter demselben Oberbegriff.[665]

b. *Roxins* Handlungs- und Zurechnungsbegriff

148 Aus den eben dargestellten Überlegungen folgt für *Roxin,* dass ein Geschehen womöglich zivilrechtlich als Tötungshandlung zu betrachten sei, strafrechtlich hingegen nicht. Eine solche nach dem Norminhalt unterscheidende Qualifikation eines Verhaltens setzt für ihn zwingend einen normativen Handlungsbegriff voraus; ein ontischer Handlungsbegriff könne dies nicht leisten.[666] Einen solchen normativen Handlungsbegriff hatte *Roxin* bereits 1968 in seinem Beitrag in der Gedenkschrift für *Gustav Radbruch* entworfen, wo er die Handlung als «personal zurechenbares Verhalten» umschrieben hatte.[667] Diese Formulierung will er aber nicht als Handlungsdefinition, sondern vielmehr als methodisches Leitprinzip verstanden wissen, das einer «Konkretisierung durch differenzierte Zurechnungsmassstäbe» bedürfe.[668]

663 *Roxin,* FS Honig, 142 f. und 145.

664 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 140 ff., insb. 142.; deutlich *ders.,* AT I⁴, §11 N. 139 ff. i.V.m. §11 N. 106.

665 Berichtigend *Roxin,* AT I¹, §11 N. 71 mit Fn. 103; ebenso *ders.* AT I⁴, §11 N. 87 mit Fn. 104.

666 *Roxin,* FS Honig, 145; zur Kritik am ontologischen Handlungsbegriff der finalen Handlungslehre *ders.,* ZStW 74 (1962), 515 ff.; *ders.,* FS Androulakis, 575 ff.

667 *Roxin,* GS Radbruch, 262 ff.; *ders.* FS Honig, 145 ff.

668 *Roxin,* FS Honig, 145; vgl. auch *ders.,* GS Radbruch, 263 f., wonach die Umschreibung der Handlung als «personal zurechenbares Verhalten» kein stoffliches Kriterium enthalten soll, auf das sich die Handlung in all ihren unterschiedlichen Ausprägungen reduzieren lasse. Einen deskriptiv angebbaren Inhalt erhalte der Terminus des «personal zurechenbaren Verhaltens» erst dadurch, dass seine verschiedenen Erscheinungsformen anhand der in ihm enthaltenen normativen Richtlinie analysiert und

Dazu legt *Roxin* nahe, bei der Zurechnung zwischen Verhaltens- und Erfolgszurechnung zu unterscheiden. Die Verhaltenszurechnung soll dabei zunächst der Feststellung dienen, dass sich die Täter:in überhaupt verhalten habe. Daran fehle es anerkanntermassen in Fällen fehlender Willkürlichkeit, wenn Bewegungen durch Reflexe oder *vis absoluta* verursacht werden, oder aber bei einem Nichtstun, das auf vollständiger Handlungsunmöglichkeit beruhe.[669] Hierbei nimmt *Roxin* wiederum Bezug auf *Honig* und geht davon aus, dass das Kriterium der objektiven Bezweckbarkeit geeignet sei, die Fälle fehlender Willkürlichkeit auszuscheiden, denn man könne «nicht als zweckhaft gesetzt denken, was jeder Zwecksetzung unzugänglich» sei.[670] Eine im Rahmen der Verhaltenszurechnung getroffene Feststellung einer gewillkürten Körperbewegung lasse aber lediglich die Annahme einer «beliebigen, inhaltlich unbestimmbaren und insoweit abstrakten ‹Handlung an sich›» zu. Der Handlungsinhalt könne aber nur mittels der neben die Verhaltenszurechnung tretende Erfolgszurechnung bestimmt werden. Als Tötungshandlung kann nach *Roxin* ein Verhalten demnach nur dann angesehen werden, wenn der Tötungserfolg objektiv zugerechnet werden kann.[671]

149 Im Gegensatz zur finalen Handlungslehre erlaubt *Roxins* normativer Ansatz daher, auch von einer fahrlässigen Tötungshandlung zu sprechen. *Roxin* weist indes darauf hin, dass die «Zurechnung zur Handlung» nicht schlechthin mit der «Zurechnung zum Tatbestand» identisch sei und es gute Gründe gebe, die Zurechnung zum Tatbestand beim Totschlag vom Vorsatz abhängig zu machen.[672] In welchem Verhältnis die Zurechnung zur Handlung und die Zurechnung zum Tatbestand genau zueinander stehen, bleibt indes unklar.[673] Denn *Roxin* scheint neben die Verhaltens- und Erfolgszurechnung noch weitere Zurechnungsmassstäbe hinzufügen zu wollen. So setzt für ihn die Feststellung einer *Täter*handlung spezielle Zurechnungsprinzipien wie die Tatherrschaft oder die Verletzung einer Sonderpflicht voraus.[674] Daran wird deutlich, wie freizügig *Roxin* mit seinem normativen Ansatz Handlungsbegriffe und Zurechnungsschritte einführt und nebeneinanderstellt. Dies führt, wie *Seher* zutreffend bemerkt, dazu, dass die Ausführungen zwar auf den ersten

ihrer strukturellen Beschaffenheit nach beschrieben werden. Dieselbe Methodik verwendete *Roxin* bereits in seiner berühmten Habilitationsschrift. Siehe dazu *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft^{2}, 122 ff.

669 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 145; dazu auch *Seher,* Zurechnung, 477.

670 *Roxin,* FS Honig, 146 mit Hinweis auf *Honig,* FS Frank, 193.

671 *Roxin,* FS Honig, 146; *ders.,* AT I^{4}, § 11 N. 51.

672 *Roxin,* FS Honig, 146 f.

673 So *Seher,* Zurechnung, 477 f.

674 *Roxin,* FS Honig, 146.

Blick einleuchtend erscheinen, bei näherem Hinsehen aus zurechnungstheoretischer Sicht aber etliche Fragen aufwerfen.[675]

2. Ausarbeitung und Ausbau der Lehre von der objektiven Zurechnung

a. Erweiterung der Fallgruppen durch *Roxin*

150 In seinem Beitrag in der Festschrift für *Wilhelm Gallas* arbeitet *Roxin* seine Überlegungen zum Schutzzweck der Norm weiter aus, wobei er sich ausdrücklich auf die Fahrlässigkeitsdelikte konzentriert.[676] Einleitend nimmt *Roxin* dabei Bezug auf die Aussage des Jubilars, dass sich die Täterschaft im Bereich der fahrlässigen Erfolgsdelikte nur kausal bestimmen liesse, weshalb eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme nicht möglich sei.[677] Sei dies richtig, so ergibt sich für *Roxin* bereits aus dieser Offenheit des Tatbestandes die Notwendigkeit einer normativen Begrenzung des Haftungsrahmens.[678] In der Folge setzt sich *Roxin* daher mit der Frage auseinander, inwiefern der Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm eine solche Limitierung der Fahrlässigkeitshaftung zulässt.[679]

151 Er setzt sich dabei mit verschiedenen Fallgruppen auseinander, wobei er mit *der fahrlässigen Herbeiführung von Selbstverletzungen und -gefährdungen* beginnt. Dabei knüpft *Roxin* an eine Entscheidung des BGH an, der einen Angeklagten in einem Vorlagebeschluss vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freisprach, der seine Dienstpistole auf dem Armaturenbrett des Fahrzeugs abgelegt hatte, woraufhin sich die angetrunkene Beifahrerin während einer Unterbrechung der Fahrt in einem unbeobachteten Moment erschoss.[680] Der BGH begründete seinen Entscheid mit dem sog. Teilnahmeargument: Wenn selbst derjenige, der mit Gehilfenvorsatz den Tod eines Selbstmörders mitverursache, nicht bestraft werden könnte, da der Selbstmord keine Straftat sei, so dürfe auch derjenige nicht bestraft werden, der lediglich fahrlässig eine Ursache für den Tod eines Selbstmörders setze.[681] *Roxin* hält diese Argumentation für nahezu zwingend, gelangt aber zur Auffassung, dass die

675 *Seher,* Zurechnung, 478.

676 *Roxin,* FS Gallas, 241 ff.

677 Vgl. *Gallas,* Beiträge, 91. Diese Ansicht entspricht auch heute noch der h.M., siehe dazu nur *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 48 und BSK[4]-*Forster,* vor Art. 24 N. 21 ff. und Art. 24 N. 7; dazu auch unten N. 445 mit Fn. 1802.

678 *Roxin,* FS Gallas, 241.

679 Vgl. *Roxin,* FS Gallas, 242 f., der an dieser Stelle abermals deutlich macht, dass der Gedanke des Schutzzwecks der Norm für diejenigen Fälle reserviert werden sollte, die nicht über andere Zurechnungsgesichtspunkte gelöst werden können.

680 BGHSt 24, 342 ff.,

681 BGHSt 24, 342 ff.; zum Teilnahmeargument auch unten N. 447 ff.

Straflosigkeit der fahrlässigen Mitwirkung am Selbstmord nicht aus allgemeinen Erwägungen der Teilnahmelehre folge, weil die für das Vorsatzdelikt entwickelten Regeln für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme schlechterdings nicht auf fahrlässiges Verhalten anwendbar seien.[682] Der Grund für die Straflosigkeit folge vielmehr aus der spezifischen legislatorischen Behandlung des Selbstmordes, weshalb der Schutzzweck des § 222 dStGB diesen Fall nicht erfasse.[683] Doch selbst wenn jemand durch eine Täuschung, etwa die Vorspiegelung einer unheilbaren Krankheit, zum Selbstmord getrieben werde, die vorsätzliche Veranlassung des Selbstmordes also nicht mehr straffrei sei, werde eine entsprechende, fahrlässige Veranlassung nicht vom Schutzzweck der Tatbestandsnorm gedeckt, da im Vergleich zu anderen fahrlässigen Mitwirkungen am Suizid keine Unwertdifferenz zu erkennen sei.[684] Ferner folgert *Roxin,* dass wenn nach der Rechtsprechung bereits die Mitwirkung an der (eigenverantwortlichen) Selbsttötung nicht vom Schutzzweck der Tötungsnorm gedeckt werde, zwingend auch die Mitwirkung an der vorsätzlichen Selbstgefährdung straflos bleiben müsse.[685] Im Anschluss daran erörtert *Roxin* unter demselben Titel die bereits in der Festschrift für *Honig* angesprochenen Retterfälle sowie die ähnlich gelagerte Fallgruppe, in der jemand durch die Begehung einer Straftat eine Verfolgung veranlasst, in deren Rahmen der Verfolger ohne zusätzliche Einwirkung des Fliehenden eine Verletzung erleidet.[686] Sowohl in den Retter- als auch in den Verfolgerfällen sei die Verletzung nicht vom Schutzzweck der Norm gedeckt: Handle die rettende oder verfolgende Person freiwillig, so sei sie selbst für die Verletzung verantwortlich, nicht die Person, die die Rettung oder Verfolgung veranlasst habe; handle die rettende oder verfolgende Person hingegen aufgrund einer entsprechenden Pflicht, so dürfe der Gesetzgeber die Verantwortung hierfür nicht der veranlassenden Person auferlegen.[687] Aus denselben Überlegungen will *Roxin* die Fahrlässigkeitshaftung in Fällen ausschliessen, in denen das Opfer eine noch mögliche Hilfeleistung verweigert.[688] Dass dadurch dem Opfer gleichsam eine Obliegenheit zur Annahme angebotener Hilfe auferlegt wird, bleibt hingegen unerwähnt.[689]

682 *Roxin,* FS Gallas, 244 f.

683 *Roxin,* FS Gallas, 245.

684 *Roxin,* FS Gallas, 246.

685 *Roxin,* FS Gallas, 246.

686 *Roxin,* FS Gallas 246 ff. und 249.

687 *Roxin,* FS Gallas, 246 f. und 249; *ders.,* FS Honig, 142 f.

688 *Roxin,* FS Gallas, 248; ähnlich *Otto,* FS Maurach, 99.

689 Zu diesem Problem auch unten N. 497 ff.

152 Anschliessend befasst sich *Roxin* mit der «unmittelbar angrenzende[n] Fallgruppe» der *einverständlichen Fremdgefährdung,* also mit Fällen, bei denen sich das spätere Opfer nicht selbst gefährdet, sondern sich in vollem Bewusstsein des Risikos von einem Dritten gefährden lässt, beispielsweise im Rahmen einer Mitfahrt auf dem Gepäcksattel eines Mofas.[690] Da es in diesen Fällen nicht der Herrschaft des Opfers unterstehe, wie weit es sich der Gefährdung durch eigene Handlungen aussetzen will, könne die einvernehmliche Fremdgefährdung nicht ohne Weiteres mit einer Selbstgefährdung gleichgestellt werden. Gleichzeitig könne auch eine Einwilligung nur in ganz seltenen Fällen in Betracht kommen, da ein wirkliches Einverstandensein mit den schädlichen Folgen kaum je gegeben sein dürfte.[691] Daher will *Roxin* in diesen Fällen gestützt auf den Schutzzweckgedanken die Fahrlässigkeitshaftung nur dann entfallen lassen, wenn die einverständliche Fremdgefährdung unter allen relevanten Aspekten einer Selbstgefährdung gleichstehe.[692]

153 Der Schutzzweck der Norm soll nach *Roxin* ferner bei *Folgeschäden* eine Haftungsbeschränkung ermöglichen. Gemeint sind Fälle, bei denen das Opfer etwa aufgrund eines Unfalls Schädigungen erleidet, die zu einem gewissen Grad wieder behoben werden können, sich dadurch aber seine Lebenserwartung verkürzt.[693] Zur Beurteilung will *Roxin* auf den Krankheitsverlauf abstellen: Entwickelt sich die Schädigung kontinuierlich bis zum Tod hin, sei eine Fahrlässigkeitshaftung zu bejahen. Komme die Krankheit hingegen trotz allenfalls bleibender Beeinträchtigungen zum Stillstand, so seien Spätfolgen nicht mehr vom Schutzzweck der Norm gedeckt.[694]

154 Schliesslich wendet sich *Roxin* noch der Gruppe der sog. Zweitschäden zu, bei denen die Verletzung einer ersten Person eine Schädigung bei einer zweiten Person herbeiführt. Im Vordergrund stehen dabei zunächst die sog. Schockschäden, die etwa Angehörige von Personen erleiden, die bei einem (fahrlässig herbeigeführten) Unfall zu Tode kommen. Solche Schädigungen sollen nicht vom Schutzzweck strafrechtlicher Tötungs- oder Verletzungsverbote erfasst sein.[695]

690 *Roxin,* FS Gallas, 249 f.

691 *Roxin,* FS Gallas, 250 f., der sich hier auf *Geppert,* ZStW 83 (1971), 969 ff. bezieht.

692 *Roxin,* FS Gallas, 252; zur einverständlichen Fremdgefährdung unten N. 469 ff.

693 *Roxin,* FS Gallas, 253 f. und mit weiteren Fallkonstellationen a.a.O., 255, unter Bezugnahme auf *Rudolphi,* JuS 1969, 555.

694 Vgl. *Roxin,* FS Gallas, 254.

695 Vgl. *Roxin,* FS Gallas, 256.

b. Umfassende Gesamtdarstellung bei *Rudolphi*

155 Die erste umfassende Gesamtdarstellung der Lehre von der objektiven Zurechnung legte *Roxins* Schüler *Rudolphi* im Jahr 1975 in dem von ihm mitbegründeten Systematischen Kommentar zum Strafgesetzbuch vor.[696] Einleitend bricht er die Aussagen der objektive Zurechnung auf die Formel hinunter, wonach ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann objektiv zurechenbar sei, wenn dieses Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und sich diese Gefahr auch tatsächlich in dem konkret erfolgsverursachenden Geschehen realisiert habe.[697] Mit Blick auf die nachfolgende Darstellung der verschiedenen Fallgruppen orientiert sich *Rudolphi* an seiner eigenen Schutzzwecklehre sowie den von *Roxin* benannten Fallgruppen.[698] So fügte *Rudolphi* eine weitere Fallgruppe hinzu, bei der die Zurechnung des Erfolges auszuschliessen sei, weil eine hypothetische Ersatzursache den Erfolg zeitgleich ebenso bewirkt hätte.[699] Ausserdem trennte er das Erfordernis der Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr von jenem Kriterium ab, das die Realisierung ebendieser Gefahr im konkreten Erfolg verlangte.[700]

c. Gesamtdarstellung in *Roxins* Lehrbuch

156 Eine bedeutende Rolle bei der Entwicklung hat nicht zuletzt *Roxins* eigene, sehr umfassende Gesamtdarstellung der Lehre von der objektiven Zurechnung in seinem 1992 in erster Auflage erschienenen Lehrbuch gespielt.[701] Darin entwickelte *Roxin* seine Zurechnungstheorie nicht nur inhaltlich, sondern insbesondere auch systematisch weiter, indem er die in *Rudolphis* Grundformel angesprochene Unterscheidung zwischen Risikoschaffung und Risikoverwirklichung übernahm.[702] Ferner unterschied er nun deutlich zwischen dem

---

696 SK[1]-*Rudophi,* vor § 1 N. 57 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 111; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 61; *ders.,* FS Androulakis, 665.

697 SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57: «Objektiv zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat.»

698 Vgl. *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 61 f.; *ders.,* FS Androulakis, 665; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 111 f.

699 SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 59; diese Fallgruppe ist nicht zu verwechseln mit dem Gesichtspunkt des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges, den *Rudolphi,* Jus 1969, 553 ff. bereits angesprochen hatte.

700 SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 62 f.

701 *Roxin,* AT I[1], § 11 N. 36 ff.; siehe auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 116.

702 *Roxin,* AT I[1], § 11 N. 43 ff. und N. 59 ff.; siehe auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 116.

«Schutzzweck der Sorgfaltsnorm» und dem «Schutzzweck der Tatbestandsnorm»: Der Eintritt von Erfolgen, die nicht vom Schutzzweck der Sorgfaltsnorm erfasst waren, soll die Zurechnung auf der Stufe der Risikoverwirklichung ausschliessen.[703] Zurechnungsgesichtspunkte, die die Zurechnung bei Erfolgen ausschliessen, die nicht unter den «Schutzzweck der Tatbestandsnorm» fallen, werden unter dem Titel der «Reichweite des Tatbestandes» als eigene Stufe der objektiven Zurechnung dargestellt, die neben jene der Risikoschaffung und der Risikoverwirklichung tritt.[704] Dadurch erscheinen die «Mitwirkung an der vorsätzlichen Selbstgefährdung» und die «einvernehmliche Fremdgefährdung» nunmehr als eigenständige Zurechnungsgesichtspunkte.[705]

C. Rezeption der neueren Lehre von der objektiven Zurechnung in den 1970er- und 1980er-Jahren

1. Anerkennung der Lehre von der objektiven Zurechnung in der Literatur

157 Die Lehre von der objektiven Zurechnung schien in der Literatur auf grosses Interesse zu stossen und wurde dementsprechend rezipiert.[706] Schon im Jahr 1972 griff *Otto* in seinem Beitrag in der Festschrift für *Heinz Maurach* die Überlegungen zur Erfolgszurechnung auf und entwickelte daraus eine eigenständige Theorie der Erfolgszurechnung.[707] In der zweiten Auflage seines Lehrbuches von 1972 übernahm *Jescheck* die von *Rudolphi* formulierte Formel und nahm Anpassungen an seinen bisherigen Ausführungen vor.[708] In der dritten Auflage von 1978 fügte *Jescheck* in § 28 über «Kausalität und objektive Zurechnung» einen eigenen Abschnitt über die neuere Lehre von der objektiven Zurechnung ein.[709] Ab der zweiten, 1976 erschienenen Auflage seines deutschen Lehrbuches integrierte *Stratenwerth* die Lehre von der objektiven Zurechnung in seine Ausführungen zum objektiven Tatbestand.[710] Dabei formulierte er

703 *Roxin,* AT I[1], § 11 N. 68 ff.

704 *Roxin,* AT I[1], § 11 N. 85 ff.

705 *Roxin,* AT I[1], § 11 N. 86 ff. und N. 98 ff.

706 Dazu eingehend, *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 111; ebenso *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 62 ff.

707 *Otto,* FS Maurach, 91 ff.; ausführlicher dazu unten N. 162.

708 *Jescheck,* AT[2], 213; ausführlich zu den Anpassungen *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 62.

709 *Jescheck,* AT[3], 230 ff.

710 *Stratenwerth,* AT[2], N. 208 ff. In der ersten Auflage seines Lehrbuchs von 1971 hatte er den Zusammenhang zwischen menschlichem Verhalten und Erfolg noch ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der (natürlichen und adäquaten) Kausalität dargestellt. Siehe *Stratenwerth,* AT[1], N. 217 ff.

den Grundsatz, dass dem Täter der Eintritt des Erfolges dann (und nur dann) zugerechnet werden dürfe, «wenn er die Gefahr herbeigeführt oder gesteigert hat, die in den Erfolg umgeschlagen ist».[711] Bemerkenswert ist dies nicht zuletzt deswegen, weil *Stratenwerth* selbst die finale Handlungslehre vertrat,[712] deren Grundannahmen durch *Roxin* und dessen Verständnis der Zurechnung in Frage gestellt wurden.[713] Im selben Jahr übernahm Theodor Lenckner die Lehre von der objektiven Zurechnung in die 18. Auflage des *Schönke/Schröder*-Kommentars zum Strafgesetzbuch und baute die Ausführungen in den nachfolgenden Auflagen weiter aus.[714] Ein Jahr später nahm *Zipf* die Lehre von der objektiven Zurechnung in die fünfte Auflage des von *Maurach* begründeten und von ihm weitergeführten Lehrbuches auf.[715] 1979 übertrug *Jescheck* seine Konzeption der objektiven Zurechnung in den Leipziger Kommentar.[716]

158 Anfang der Achtzigerjahre wurde die Lehre von der objektiven Zurechnung von *Wolter* erstmals monographisch bearbeitet.[717] Im Jahr 1982 veröffentliche *Stratenwerth* die erste Auflage seines schweizerischen Lehrbuches, in dem er zumindest einige Gesichtspunkte der Lehre von der objektiven Zurechnung behandelte.[718] Ein Jahr später erschien sodann die erste Auflage von *Jakobs'* Lehrbuch zum allgemeinen Teil, in dem er ein eigenes Verständnis der objektiven Zurechnung entwickelte.[719] Die Lehre von der objektiven Zurechnung wurde unter dem Titel «Risikoerhöhungslehre» schliesslich im Jahr 1985 in der neunten Auflage des Lehrbuchs von *Baumann* und *Weber* – wenn auch ablehnend – besprochen,[720] womit die Lehre von der objektiven Zurechnung Mitte der Achtzigerjahre in praktisch allen wichtigen Lehrbüchern und Kommentarwerken enthalten war.[721]

159 Im selben Jahr verfasste *Armin Kaufmann* erstmals eine umfassende Erwiderung gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung.[722] Seine aus dem

711 *Stratenwerth,* AT², N. 209.
712 *Stratenwerth,* AT², N. 131 ff.; siehe auch *ders.,* AT I⁴, § 7 N. 6, 15, 17 ff.
713 Siehe dazu *Roxin,* FS Honig, 145; *ders.,* ZStW 74 (1962), 515 ff.
714 S/S¹⁸-Lenckner, 1976, vor § 13 N. 95.
715 *Maurach/Zipf,* AT I, 5. Aufl., 1977, S. 266 ff.
716 Vgl. LK¹⁰-*Jescheck,* vor § 13 N. 48 ff.
717 *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, *passim.*
718 Vgl. *Stratenwerth,* AT I¹, § 9 N. 30 ff.
719 *Jakobs,* AT I¹, 7/29 ff.; eingehender unten N. 163 ff.
720 *Baumann/Weber,* AT⁹, 231.
721 *F.C. Schroeder,* FS Androulakis, 668.
722 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 251 ff. Zuvor hatte sich die Kritik gegen einzelne Lösungsvorschläge gerichtet, nicht aber gegen die Lehre der objektiven Zurechnung an sich. *Schroeder,* FS Androulakis, 669 erklärt dies damit, dass die Gegner der objektiven Zurechnung diese zunächst nicht wirklich ernst genommen hätten.

Blickwinkel der finalen Handlungslehre verfasste Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung geht dahin, dass sie methodologisch verfehlt sei und es die objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt nicht brauche, weil sie in Anbetracht der «Entscheidungsrolle des Tatvorsatzes» schlechthin überflüssig sei.[723] Liege nämlich ein Vorsatz hinsichtlich der Erfolgsverursachung vor, so sei der Tatbestand erfüllt – und zwar unabhängig davon, ob die objektive Zurechnung geprüft werde oder nicht. Fehle es hingegen am Vorsatz, so falle auch die Strafbarkeit dahin, weshalb die objektive Zurechnung wiederum unbesehen bleiben könne.[724] Im Übrigen sei eine objektive Beurteilung des Kriteriums der Risikoschaffung gar nicht möglich, weswegen die Lehre von der objektiven Zurechnung systemwidrig auf den Vorsatz vorgreife.[725]

160 Im Jahr 1988 formulierte sodann *Frisch* eine konstruktive, aber gleichwohl grundsätzliche Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung, in der er ihr vorwarf, die objektive Zurechnung des Erfolges zu einer «Superkategorie» aufzublähen.[726] Gewisse von der Lehre von der objektiven Zurechnung aufgeführte Voraussetzungen seien nämlich primär gar keine Fragen der Erfolgszurechnung, sondern beträfen der Erfolgszurechnung vorgelagerte Fragen, nämlich jene des tatbestandsmässigen Verhaltens.[727] Bei der Erfolgszurechnung gehe es hingegen nur um den Kausal- und Realisierungszusammenhang zwischen dem tatbestandsmässigen Verhalten und dem Erfolg.[728] Im Gegensatz zu *Armin Kaufmann* stellt *Frisch* nicht die Existenzberechtigung der von der objektiven Zurechnung benannten normativen Kriterien in Frage, sondern ist vielmehr um deren systematisch richtige Verortung bemüht. Aus diesem Grund wird *Frischs* Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens gerne auch als Weiterentwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung gesehen.[729]

161 Zu beachten ist, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung von den oben genannten Autoren keineswegs vollumfänglich auf der von *Roxin* vertretenen Linie übernommen wurde. Vielmehr haben die Autoren eigene Modifikationen hinsichtlich des Inhalts oder der Gliederung der objektiven Zurechnung vorgenommen, sodass sich die jeweiligen Ausführungen zur

723 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260 f.

724 *Armin Kaufmann,* FS-Jescheck, 261.

725 *Armin Kaufmann,* FS-Jescheck, 261.

726 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 31; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 138 f.

727 Dazu auch *Frisch,* FS Roxin, 231 f.

728 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten. 67.

729 So etwa *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 116 f.

objektiven Zurechnung von Buch zu Buch unterscheiden. Einige der von den oben aufgeführten Autoren entwickelten Zurechnungslösungen zeichnen sich durch ein erhebliches Mass an Eigenständigkeit aus, sodass sie als eigene normative Zurechnungskonzeptionen anzusehen sind. Auf die Theorien von *Otto, Jakobs* und *Frisch* soll im Folgenden etwas näher eingegangen werden.

2. Eigenständige Theorien der Erfolgszurechnung

a. Steuerbarkeit als Zurechnungsprinzip bei *Otto*

162 *Otto* hatte bereits in seinem Beitrag in der Festschrift für *Maurach* im Jahr 1972 eine eigenständige Theorie der Erfolgszurechnung entwickelt, die den Gedanken der missbilligten Risikoschaffung aufgreift, sich aber im Übrigen erheblich von *Roxins* Lehre von der objektiven Zurechnung unterscheidet. *Otto* unterscheidet zwischen dem Zurechnungszusammenhang und dem Zurechnungsgrund, wobei Ersterer das Erfordernis eines natürlichen Kausalzusammenhangs ersetzen soll.[730] Massgeblich für den Zurechnungszusammenhang soll die Steuerbarkeit des Geschehens sein, deren Funktion insbesondere dann deutlich wird, wenn mehrere Personen an einem schädigenden Geschehen mitwirken. Auszuschliessen sei die Steuerbarkeit der ursprünglich tätigen Person dann, wenn eine andere im Rechtssinn frei handelnde Person das Geschehen bewusst nach ihren eigenen Plänen gestalte oder die zuvor handelnde Person aus dem Einflussbereich auf das Risiko ausschliesse.[731] Der Begriff der Steuerbarkeit soll dabei objektiv bestimmt werden, womit er sich von dem etwa von *Welzel* in Zusammenhang mit der Täterschaft verwendeten Begriff der Steuerbarkeit unterscheidet.[732] Die Steuerbarkeit alleine genügt nach *Otto* aber nicht, um eine strafrechtliche Haftung für einen Erfolg zu begründen, vorausgesetzt sei vielmehr, dass auch eine Pflicht zur Vermeidung dieses Erfolges bestehe.[733] Begründet werde eine solche Pflicht durch die Schaffung oder Vergrösserung einer Gefahrensituation. Das Risikoerhöhungsprinzip bildet daher bei *Otto* den Zurechnungsgrund. Das Steuerbarkeits- und das Risikoerhöhungsprinzip stellen damit zwar eigenständige, aber funktional gegenseitig voneinander abhängige Prinzipien dar.[734] In seinem Lehrbuch «Grundkurs Strafrecht» und weiteren Publikationen baute *Otto* seine Theorie weiter aus.[735] Bemerkenswert an *Ottos* Lehre der Steuerbarkeit

730 *Otto,* FS Maurach, 91 ff.

731 *Otto,* FS Maurach, 96 f.

732 *Otto,* FS Maurach, 94 ff. mit Fn. 15; zum subjektiven Verständnis *Welzel,* Strafrecht[11], 66.

733 *Otto,* FS Maurach, 101.

734 *Otto,* FS Maurach, 102.

735 *Otto,* GK[7], § 6 N. 43 ff. 231; *ders.,* FS Lampe, 502 ff.; *ders.,* FS Spendel, 278 ff.

ist vor allem, dass sie auch als einer der in neuerer Zeit umfassendsten Versuche anzusehen ist, einen restriktiven Täterbegriff für das Fahrlässigkeitsdelikt zu begründen.[736]

b. Objektive Zurechnung des Erfolgs bei *Jakobs*

163 Auch *Jakobs* setzt sich in der 1983 erschienenen, ersten Auflage seines Lehrbuchs mit der objektiven Zurechnung des Erfolgs auseinander, wobei er sogleich darauf hinweist, dass der Begriff der objektiven Zurechnung missverständlich sei, insofern er nur «den Fragekreis der Zuständigkeit für die Kausalität» erfasse, nicht aber die Kausalität selbst.[737] Indem *Jakobs* auch die Kausalität in den Begriff der objektiven Zurechnung hineinnimmt, weicht er von der hergebrachten, bereits bei *Honig* klar ausdifferenzierten Unterscheidung zwischen Feststellung der Kausalität und objektiver Zurechnung ab.[738] *Jakobs* verwendet den Begriff der Zurechnung nicht nur im Zusammenhang mit der Erfolgszurechnung im objektiven Tatbestand, denn nach ihm sind Zurechnungsakte auch im subjektiven Tatbestand sowie auf der Ebene der Schuld erforderlich.[739] Darüber hinaus scheint er «Zurechnung» aber auch in einem weiter gefassten Sinne zu verstehen, nämlich als Gesamtheit der im Straftatsystem enthaltenen Strafbarkeitsvoraussetzungen: «Die Zurechnung legt fest, welche Person zur Stabilisierung der Normgeltung zu bestrafen ist.»[740]

164 Die Institute der objektiven Zurechnung führt *Jakobs* auf zwei Wurzeln zurück: Einerseits gehe es um den Zweck des Strafrechts, also darum, Erwartungssicherheit zu gewährleisten, und andererseits sei es die Regelungsform des Erfolgsdeliktes, der die Institute der objektiven Zurechnung dienten.[741] Der Hinweis auf den Zweck des Strafrechts macht deutlich, dass die objektive Zurechnung – wie auch bei *Roxin* – in ein funktionales Straftatsystem einge-

736 Vgl. zu dieser Einschätzung *Renzikowski,* Täterbegriff, 204.

737 *Jakobs,* AT[1], 7/5. Der Hinweis auf die Missverständlichkeit des Begriffs der objektiven Zurechnung wird in der zweiten Auflage des Lehrbuchs aber weggelassen. Siehe *ders.,* AT[2], 7/4a f.

738 *Jakobs,* AT[1], 7/5 ff.; ders., AT[2], 7/4b. ff.

739 *Jakobs,* AT[2], 7/4a; dazu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 34.

740 *Jakobs,* AT[1], 6/1; *ders.,* System der strafrechtlichen Zurechnung, 15 f.: «Strafrechtliche Zurechnung […] hat die Funktion, den Fall zu bestimmen, in dem die Norm wegen des Verhaltens einer Person bestätigt und kognitiv untermauert werden muss. Das heißt mit anderen Worten, die Regeln der strafrechtlichen Zurechnung legen fest, wann ein Ereignis als Normwiderspruch einer zur Äußerung im öffentlichen Raum kompetenten Person zu verstehen ist.»

741 *Jakobs,* AT[2], 7/4b mit Hinweis auf *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 9 ff., dessen Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens sogleich zu behandeln sein wird (siehe unten N. 166 ff.). Eine weitere Annäherung an *Frisch* wird bei *Jakobs,* FS Hirsch, 45 mit Fn. 2 angedeutet.

bettet ist. Während *Roxin* von seinem sog. kriminalpolitischen Ansatz ausgeht,[742] legt *Jakobs* seiner Strafrechtsdogmatik einen systemtheoretischen Ansatz zugrunde.[743] Das Strafrecht dient nach *Jakobs* nicht dem Schutz von Rechtsgütern, sondern der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen.[744] Daraus folgt für *Jakobs* mit Blick auf die objektive Zurechnung des Erfolgs, dass der Vollzug sozialadäquaten Verhaltens erlaubt sei. Mit sozialadäquatem Verhalten meint *Jakobs* allerdings keinen bestimmten Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung, vielmehr verwendet er den Begriff der Sozialadäquanz als Überbegriff für die Institute des erlaubten Risikos, des Vertrauensgrundsatzes, der garantenbezogenen Begehung und des Regressverbotes.[745] Der mit dem Zweck des Strafrechts begründeten Wurzel dürften ferner die Institute des Einverständnisses, der Einwilligung sowie des Handelns auf eigene Gefahr zuzuordnen sein.[746]

165 Aus der Regelungsform des Erfolgsdeliktes folgen hingegen Regeln über die Kausalität sowie über die Risikoverwirklichung. Mit Blick auf das Erfordernis der Kausalität verwirft *Jakobs* die noch immer gebräuchliche *conditio sine qua non*-Formel und will stattdessen auf die von *Engisch* begründete Formel der gesetzmässigen Bedingung[747] abstellen, weshalb hypothetische Überlegungen bei der Feststellung der Kausalität keine Rolle spielen sollen.[748] Auch beim Institut der Risikoverwirklichung sollen Hypothesen für die Zurechnung des Erfolges unberücksichtigt bleiben, *Jakobs* erwägt aber, sie immerhin im Rahmen der Strafzumessung zur berücksichtigen.[749] Für die Bestimmung der Risikoverwirklichung will *Jakobs* stattdessen auf die Formel abstellen, wonach sich ein unerlaubtes Risiko dann verwirklicht, «wenn man zur Erklärung des Schadens diejenigen Informationen vom Geschehen sämtlich benötigt, aus denen sich das Unerlaubte des Risikos ergibt».[750]

742 Dazu *Roxin,* AT I^4, § 7 N. 57 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, § 7 N. 57 ff.)

743 *Jakobs,* AT^2 1/14 ff., 2/1 ff.; vgl. zu den rechtsphilosophischen Grundlagen *ders.,* Norm, Person, Gesellschaft^1, 29 ff. (ebenso *ders.,* Norm, Person, Gesellschaft^3); eine eingehende Darstellung der von Jakobs vertretenen Strafrechtsdogmatik findet sich bei *Seher,* Zurechnung, 538 ff.

744 *Jakobs,* AT^2, 1/14 ff.

745 *Jakobs,* AT^2, 7/4b bezeichnet diese Institute als Exemplifikationen der Sozialadäquanz.

746 *Jakobs,* AT^1, 7/104 ff.; ebenso *ders.,* AT^2, 7/104 ff.

747 Dazu oben N. 91.

748 *Jakobs,* AT^1, 7/12 ff., zur Kritik an der *conditio sine qua non*-Formel, *ders.,* a.a.O., 7/8 ff.; ebenso *ders.,* AT^2, 7/8 ff.

749 *Jakobs,* AT^2, 7/ 74 f. und 90 ff.

750 *Jakobs,* AT^2, 7/ 78 mit Hinweis auf die vergleichbare Lösung bei *Puppe,* ZStW 99 (1987), 595.; ähnlich bereits *Jakobs,* AT^1, 7/72 ff., insb. 7/77, wo die Risikoverwirklichung aber noch unter dem Titel des Normzweckzusammenhangs behandelt wird.

c. *Frischs* Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens

166 Ausgehend von einem normtheoretischen Ansatz formuliert *Frisch* eine Gegenthese zur Lehre von der objektiven Zurechnung, wonach die Schaffung eines missbilligten Risikos nicht erst eine Frage der objektiven Zurechnung des Erfolgs sei, sondern bereits das tatbestandsmässige Verhalten betreffe.[751]

167 Die Grundsteine für diese Theorie legte *Frisch* bereits im Jahr 1983 in seiner Monographie «Vorsatz und Risiko», in der er das von der Verhaltensnorm verbotene Verhalten als Gegenstand des Vorsatzes identifiziert. Bei seiner Auseinandersetzung mit dem von der Verhaltensnorm verbotenen Verhalten nimmt *Frisch* Bezug auf die Funktion des Strafrechts: Wenn das Strafrecht den Schutz von Rechtsgütern verwirklichen wolle, müsse sich dies auch in den Verhaltensnormen widerspiegeln, um deren Durchsetzung das Strafrecht bemüht sei.[752] Dies bedeute, dass Verhaltensweisen als unwertig erscheinen und daher verboten werden, weil und soweit sie einen negativen Bezug zur Rechtsgüterwelt aufweisen.[753] Weil Verhaltensnormen auf die Situation *ex ante* zugeschnitten seien, könne ein Verhalten nicht bloss deswegen als verboten qualifiziert werden, weil es in der Rückschau einen unerwünschten Erfolg bewirkt hat.[754] Unzureichend für die Bestimmung des verbotenen Verhaltens erweise sich denn auch das Kriterium, dass ein Verhalten kausalgesetzlich geeignet sein müsse, den unwertigen Erfolg herbeizuführen. Als mögliche Ursache eines Erfolges lasse sich praktisch jedwede Handlung denken, was dazu führe, dass man, um einer solchen Verhaltensrichtlinie gerecht zu werden, keine Lebensregung tun dürfe.[755] Die kausalgesetzliche Eignung zur Herbeiführung eines Erfolges sei deshalb nur ein Gesichtspunkt. Entscheidend für die Kennzeichnung des verbotenen Verhaltens müsse vielmehr sein, dass ein Verhalten «nach der Erfahrung auch ein ernst zu nehmendes Risiko» für den Erfolgseintritt bilde.[756] Eben dieses Kriterium biete sich auch aus der Sicht eines effizienten und legitimierbaren Rechtsgüterschutzes an: «Eine Strategie, die möglichst viele Rechtsgutsbeeinträchtigungen verhindern will, muss um die Unterbindung vor allem *der* Verhaltensweisen bemüht sein, die in *erhöhtem* Masse die je unerwünschten

751 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 33 ff., 69 ff. und *passim; ders.,* FS Roxin, 231 ff.; *ders.* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210; *ders.,* GA 2018, 561 ff.

752 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 74

753 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 74.

754 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76.

755 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 81 f.; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 72 f.

756 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82 [Hervorhebungen entfernt].

Folgen nach sich ziehen».[757] Die Beschränkung von Freiheitsinteressen Dritter durch strafbewehrte Verbote lasse sich am ehesten dort legitimieren, wo den einzuschränkenden Freiheiten nicht nur theoretische Möglichkeiten der Erfolgsverwirklichung oder subjektive Einbildungen, sondern handfeste Gefahren gegenüberstünden.[758]

168 In seiner 1988 erschienen Monographie «Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs» baut *Frisch* seine zuvor gewonnenen Einsichten zur Bestimmung des tatbestandsmässigen Verhaltens aus und verbindet sie mit seiner Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung.[759] Bei der Bestimmung der missbilligten Risikoschaffung als Frage des tatbestandsmässigen Verhaltens setzt sich *Frisch* auch mit den von der Lehre von der objektiven Zurechnung behandelten Gesichtspunkten der Risikoverringerung und des erlaubten Risikos auseinander. Auf den ersten Blick scheint *Frisch* den beiden Gesichtspunkten eine weitaus weniger prominente Rolle zuzuschreiben als etwa *Roxin*. Dies, obwohl sich *Frisch* gerade mit den Inhalten des erlaubten Risikos, das er als «nicht missbilligtes Risiko» bezeichnet,[760] eingehend und sehr differenzierend auseinandersetzt.[761] Der Grund dafür liegt in der unterschiedlichen methodischen Herangehensweise bei der Ausarbeitung und Konkretisierung der Einzelerfordernisse: Während *Roxin* das Kriterium der missbilligten Risikoschaffung zu präzisieren versucht, indem er Fallgruppen beschreibt, in denen es an einer missbilligten Risikoschaffung fehlt, ist *Frisch* darum bemüht, die positiven Voraussetzungen für die Missbilligung eines Verhaltens herauszuarbeiten. Dementsprechend steht bei *Frisch* regelmässig die Frage nach der Legitimation der Missbilligung eines Verhaltens im Vordergrund,[762] bei *Roxin* hingegen der Ausschluss der Zurechnung.[763]

169 In seinen Darstellungen zum Kriterium der missbilligten Risikoschaffung unterscheidet *Frisch* phänomenologisch zwischen unmittelbar güterbedrohenden Verhaltensweisen, der Ermöglichung fremder Selbstgefährdung und über Drittverhalten vermittelte Risiken.[764] Damit bezieht er in den Topos der missbilligten Risikoschaffung auch den Gesichtspunkt des Verantwortlichkeitsprinzips mit ein und damit Fragestellungen, die beim Vorsatz-

757 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 83.

758 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 83 f.

759 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 23 ff.

760 *Frisch,* GA 2003, 723.

761 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 90 ff.

762 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 70 ff.

763 *Roxin,* FS Honig, 133 ff.; *ders.,* AT I^4, § 11 N. 50 f. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 50 f.)

764 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 90 ff., 148 ff., 230 ff.

delikt gewöhnlich im Rahmen der Beteiligungslehre behandelt werden.[765] Für *Frisch* sind die verschiedenen Beteiligungsformen hingegen nur «Strafbarkeitsfiguren», deren Abgrenzung im Vergleich zur Frage der missbilligten Gefahrschaffung nachrangig sei.[766] Damit rückt er seine Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens in die Nähe eines funktionalen Einheitstätermodells, wie es etwa das österreichische Strafrecht kennt.[767] Weil und soweit als tatbestandsmässiges Verhalten auch solche Verhaltensweisen erfasst werden, die beim Vorsatzdelikt nur als Teilnahme erfasst werden könnten, fasst *Frisch* den Begriff des tatbestandsmässigen Verhaltens aus der Sicht einer auf einem restriktiven Täterbegriff aufbauenden Beteiligungslehre zu weit.[768]

170 Fragen der Erfolgszurechnung können sich nach *Frisch* hingegen überhaupt erst dann stellen, wenn die normativen Probleme der missbilligten Risikoschaffung geklärt sind und damit das Vorliegen eines Verhaltensunrechts festgestellt worden ist.[769] Weil nun aber das tatbestandsmässige Verhalten einen grossen Teil der Gesichtspunkte abdeckt, fällt die eigentliche Erfolgszurechnung bei *Frisch* verhältnismässig schlank aus. Im Zentrum der Erfolgszurechnung steht nämlich die Feststellung einer positiven Beziehung zwischen dem missbilligten Verhalten und dem Erfolgseintritt. Dazu gehört nach *Frisch* zunächst der Kausalzusammenhang, den er durch die kombinierte Verwendung der *conditio sine qua non*-Formel und der Formel von der gesetzmässigen Bedingung bestimmen will, da er bei beiden Formeln Vorzüge und Schwächen erkennt.[770] Erforderlich ist darüber hinaus aber auch ein spezifischer Zusammenhang zwischen gerade der Unwertdimension des Verhaltens und dem Erfolg. Diese Feststellung erfordert nach *Frisch* keine besondere Formel, sofern bei den Überlegungen zur Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens bereits die Gefahren der «im Gefolge des Verhaltens möglichen Verlaufsketten» ausgewiesen werden, aufgrund deren das Verhalten missbilligt ist. Dann nämlich erschöpfe sich die Feststellung der Risikorealisierung in der Ermittlung, ob eine dieser Verlaufsketten real geworden sei oder nicht.[771]

765 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 59.

766 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 303 und 373 f. Fn. 533; vgl. auch a.a.O., 215 Fn. 235, wonach Tatherrschaft normtheoretisch und funktional kein Kriterium der missbilligten Risikoschaffung sei, sondern ein Kriterium, «das über die (Art der) Sanktionierung der Gefahrschaffung» entscheide.

767 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 302; kritisch *Renzikowski,* Täterbegriff, 121.

768 *Renzikowski,* Täterbegriff, 121 f.; dazu unten N. 536 ff.

769 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 50; *ders.,* FS Roxin, 232; *ders.,* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210 f.; *ders.,* GA 2018, 562 f.

770 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 521 f.

771 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 526 f. mit Hinweis auf *Puppe,* ZStW 95 (1983), 310 f.

Frischs Kritik an der Lehre von der objektiven Zurechnung blieb nicht unbeantwortet. *Roxin* lehnte sie zunächst mit dem Hinweis ab, dass es letztlich immer um die Zurechnung oder Nichtzurechnung des Erfolgs gehe. Der Erfolg sei objektiv nicht zurechenbar, wenn sich der Handelnde von vornherein sachgemäss verhalten habe, und ebenso dann nicht, wenn der Kausalverlauf besonders abenteuerlich gewesen sei.[772] Weil *Frisch* an das tatbestandsmässige Verhalten im Prinzip dieselben Anforderungen stelle wie die objektive Zurechnung an die Schaffung eines missbilligten Risikos, sei nicht einzusehen, inwiefern es in der Sache einen Unterschied mache, wenn man für die Risikoschaffung eine eigene Rubrik aufmache und sie als «tatbestandsmässiges Verhalten» bezeichne.[773] Gegen die Unterscheidung zwischen tatbestandsmässigem Verhalten und Erfolgszurechnung wendet *Roxin* ferner ein, dass Handlungs- und Erfolgsunwert untrennbar miteinander verknüpft seien; denn ohne einen Tötungserfolg und dessen Zurechnung gebe es auch keine Tötungshandlung und damit kein tatbestandsmässiges Verhalten.[774] Zwar könne der Gesetzgeber auch eine «Tötungsversuchshandlung» verbieten, eine solche verwirkliche aber ein anderes Unrecht als eine tatbestandsmässige (d.h. erfolgreiche) Tötungshandlung.[775] Mittlerweile räumt *Roxin* ein, dass seine Lehre von der objektiven Zurechnung unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsherbeiführung auch eine Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens sei.[776] Gleichzeitig weist *Roxin* aber weiterhin darauf hin, dass die von *Frisch* erhobene Kritik in der Sache keinen Unterschied mache.[777] 171

D. Weitere Entwicklung

Die weitere Entwicklung der neueren Lehre von der objektiven Zurechnung wurde seit den frühen 1990er-Jahren durch eine derart grosse Anzahl von Beiträgen verschiedener Autor:innen geprägt, dass sie kaum noch im Einzelnen 172

772 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 51 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 51); *ders.,* FS Maiwald, 729 f.

773 *Roxin,* FS Maiwald, 729.

774 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 51 und § 10 N. 96 f. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 51 und § 10 N. 96 f.).

775 *Roxin,* AT I⁴, § 10 N. 97 und § 11 N. 51 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 10 N. 97 und § 11 N. 51).

776 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 51 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 51).

777 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 51 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 51); *Roxin,* FS Maiwald, 729 f; ebenso *Schünemann,* GA 1999, 218.

nachgezeichnet werden kann.[778] Weitgehend unbestritten ist, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung im Schrifttum zur herrschenden Meinung avanciert ist.[779] In der Zwischenzeit hat sie sowohl in Deutschland, Österreich als auch in der Schweiz – wenn auch in unterschiedlichem Mass – Eingang in die Rechtsprechung gefunden. In Österreich hat die Rechtsprechung die Lehre von der objektiven Zurechnung bereits früh übernommen.[780] Auch in der Schweiz anerkennt das Bundesgericht die objektive Zurechnung zumindest beim Fahrlässigkeitsdelikt als Bestandteil des objektiven Tatbestandes.[781] In Deutschland hat die Rechtsprechung die objektive Zurechnung bislang nur punktuell übernommen.[782]

173 Bemerkenswert ist dabei, dass die überwiegende Mehrheit der Autor:innen im Grossen und Ganzen der Linie von *Roxin* und *Rudolphi* gefolgt ist.[783] Grundlegend abweichende Zurechnungskonzeptionen fanden keine breite Anerkennung: Gerade *Frisch* hat die Entwicklung der objektiven Zurechnung

778 Dass eine genaue Darstellung der Entwicklung der objektiven Zurechnung über die 1980er-Jahre hinaus nicht zu leisten ist, zeigen auch die entsprechenden Darstellungen bei *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 1 und 116 ff. und *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 66 ff.; *ders.,* FS Androulakis, 668 f., die ebenfalls an dieser Stelle abbrechen.

779 Siehe dazu die Einschätzungen bei *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 99; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 117 f.; *Hirsch,* FS Lenckner, 119; *Koriath,* Kausalität und objektive Zurechnung, 15, 155; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 50; *F.-C. Schroeder,* FS Szwarc, *273; K. Schumann,* Jura 2008, 413. Vgl. auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 37; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 256.

780 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 384; *Schmoller,* FS Triffterer, 226; eingehend und mit weiteren Nachweisen *Triffterer,* FS Klug, 419.

781 BGE 135 IV 56 E. 3; dazu bereits oben N. 15 f.

782 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 50; eingehend, *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 131 ff. und *Block,* Atypische Kausalverläufe, 158 ff. je m.w.N.; siehe auch *Fischer*[65], vor § 13 N. 31 m.w.N., wonach die deutsche Rechtsprechung die objektive Zurechnung bislang nicht ausdrücklich übernommen habe, sondern die genannten Fragen begrifflich als Kausalitätsprobleme behandle. Ähnlich *Krey/Esser,* AT[6], N. 326.

783 Kennzeichnend hierfür ist m.E. insbesondere, dass, trotz diverser inhaltlicher, terminologischer und systematischer Unterschiede, bei der Darstellung der objektiven Zurechnung fast immer auf die «Grundformel» Bezug genommen wird. Siehe dazu SK[1]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 57; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 47; ferner; *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 116; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 351; *Bock,* AT, 136; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 88; S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 92; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 66; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 156; *Frister,* AT[8], 10/4; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130; *Gropp,* AT[4], 4/87; HK GS[4]-*Heinrich,* vor § 13 N. 85; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 96; *ders.,* Zurechnung und Rechtfertigung, 7; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 85; *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 5; (kritisch *ders.,* LPK[7], vor § 13 N. 103); *Krey/Esser,* AT[6], N. 332; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 43; *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 13/14; *Maurach/Zipf,* AT I[8], § 18 N. 49; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 31; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 46; *Reyes,* ZStW 105 (1993), 130; *Rotsch,* FS Roxin, 390; *K. Schumann,* Jura 2008, 408; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 261.

mit seiner Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens[784] zwar insofern massgeblich beeinflusst, als seine Überlegungen durchaus in die Diskussion um die Bestimmung der Kriterien der Lehre von der objektiven Zurechnung eingeflossen sind.[785] Mit seiner grundlegenden Kritik an der systematischen Einordnung der missbilligten Risikoschaffung vermochte er sich aber nicht durchzusetzen: Die Schaffung eines missbilligten Risikos wird von der überwiegenden Mehrheit der Autor:innen weiterhin als Thema der objektiven Zurechnung angesehen.[786]

174 Dies vermag jedoch nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Entwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung keineswegs als abgeschlossen anzusehen ist.[787] Denn von einem gesicherten, einheitlichen Meinungsstand ist sie bis heute weit entfernt.[788] Die von unterschiedlichen Autor:innen vertretenen Auffassungen zu den einzelnen Zurechnungsgesichtspunkten sind zwar untereinander teilweise eng verwandt, unterscheiden sich aber sowohl in inhaltlicher, terminologischer als auch systematischer Hinsicht.[789] Aus diesem Grund wird bisweilen die Frage aufgeworfen, ob von *der* Lehre von der objektiven Zurechnung überhaupt noch die Rede sein kann.[790]

784 *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 33 ff., 90 ff.; *ders.,* FS Roxin, 231 ff; *ders.,* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210 f.; *ders.,* GA 2018, 562 f.; zustimmend immerhin MK[3]-*Freund,* vor §13 N. 352 ff.; *ders.,* AT[2], §2 N. 11 ff. und 72 ff.; *Freund/Rostalski,* AT[3], §2 N. 11 und N. 82 ff.; ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 295 f. (siehe aber a.a.O., 298 ff.); *Hoyer,* ZStW 121 (2009), 874 f.; *ders.,* FS Frisch, 227 ff.; *Lukas,* Tatbestandsmässiges Verhalten versus objektive Zurechnung, 243 und *Murmann,* GK[5], §23 N. 34 Fn. 58 (der die Schaffung eines missbilligten Risikos aber gleichwohl im Sinne der herkömmlichen Lehre der objektiven Zurechnung darstellt [siehe, a.a.O., §23 N. 32 ff.]); ablehnend *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 51; *Roxin.,* FS Maiwald, 729 f.; *Schünemann,* GA 1999, 216.

785 Vgl. etwa *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 50.

786 Vgl. etwa *Bock,* AT, 137 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 67 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT[2], N. 158; *Frister,* AT[8], 10/5 ff.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 46 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 34 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und 264 ff.

787 *Kühl,* AT[8], §4 N. 42.

788 *Kindhäuser,* LPK[7], vor §13 N. 104; ferner HK GS[4]-*Heinrich,* vor §13 N. 78; *Lackner/Kühl*[29], vor §13 N. 14; *Kühl,* AT[8], §4 N. 42.

789 *Lackner/Kühl*[29], vor §13 N. 14, wonach der gegenwärtige Diskussionsstand «durch eine Vielzahl zum Teil divergierender, jedoch untereinander eng verwandter Vorschläge gekennzeichnet [sei], die bisher noch nicht zu einem allgemeinen Konsens geführt haben»; in diese Richtung auch S/S[30]-*Eisele,* vor §13 N 90; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung 1; HK GS[4]-*Heinrich,* vor §13 N. 78; *Kindhäuser,* LPK[7], vor §13 N. 104 *Kühl,* AT[8], §4 N. 42.

790 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 1.

V. Zurechnungstheoretisch fundierte Alternativen zur Lehre von der objektiven Zurechnung

175 Bevor auf den heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung eingegangen werden kann, sollen an dieser Stelle zwei dezidiert zurechnungstheoretische Systementwürfe dargestellt werden, die sich massgeblich vom vorherrschenden Straftatsystem unterscheiden. Neben der Lehre von der objektiven Zurechnung wurden insbesondere seit Mitte der 1970er-Jahre weitere, eigenständige Zurechnungstheorien entwickelt.[791]

A. Wiederbelebung der naturrechtlichen Zurechnungsprozedur durch *Hruschka?*

176 In seiner Studie «Strukturen der Zurechnung» entwickelte *Hruschka* eine Zurechnungstheorie, die ihrem Aufbau nach an naturrechtliche Zurechnungsprozeduren erinnert, indem sie zwischen den Stufen der Handlungszurechnung, Handlungskritik und Zurechnung zur Schuld unterscheidet.[792] Obwohl *Hruschkas* eingehende Forschung zu den naturrechtlichen Imputationslehren massgeblich zum Verständnis dieser Lehren beiträgt,[793] ist seine Zurechnungstheorie weitaus mehr als eine blosse Rekonstruktion der naturrechtlichen Zurechnungsprozedur.[794] *Hruschka* setzt sich nämlich nicht nur

791 So insb. *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, passim, ders, ZStW 96 (1984), 661 ff.; *ders.,* SB Zurechnung, 17 ff.; *ders.,* SB Rechtfertigung und Entschuldigung, 121 ff.; *ders.,* Rechtstheorie 22 (1991) 449 ff.; ferner *Ast,* Handlung und Zurechnung, *passim; Koriath,* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, *passim; Seher,* Zurechnung, *passim; Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, *passim.* Bereits 1957 befasste sich *Hardwig,* Zurechnung, *passim,* mit der Zurechnung als Zentralproblem des Strafrechts. Im damaligen strafrechtswissenschaftlichen Umfeld, in dem die auf einem ontologischen Begründungsansatz beruhende finale Handlungslehre im Zentrum des strafrechtsdogmatischen Interesses stand, fand seine Studie aber leider kaum Beachtung. Siehe dazu *Seher,* Zurechnung, 571.

792 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 460; *ders.,* Strukturen der Zurechnung, 14 ff.

793 Zu *Hruschkas* dogmengeschichtlicher Forschung siehe *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 661 ff.; *ders.,* SB Zurechnung, 17 ff.; *ders.,* SB Rechtfertigung und Entschuldigung, 121 ff.; *ders.,* Rechtstheorie 22 (1991) 449 ff.

794 *Hruschkas* Zurechnungstheorie unterscheidet sich vor allem mit Blick auf die zweite Stufe der Zurechnung deutlich von den naturrechtlichen Imputationslehren. Naturrechtlich wurde diese als *imputatio iuris* bezeichnet und diente der Zuweisung von normativen Folgen (dazu auch oben N. 46). Bei *Hruschka,* Strukturen, 40 ff. soll es beim zweiten Zurechnungsschritt hingegen um die «Zurechnung zur Schuld» gehen. Dazu auch *Seher,* Zurechnung, 593.

mit den normativen Voraussetzungen der Zurechnung, sondern auch sprach- und normtheoretisch mit dem Begriff der Zurechnung an sich, oder genauer der «logische[n] Bedingung der Möglichkeit von Zurechnungsakten», auseinander.[795]

1. Handlungszurechnung – die Deutung eines Geschehens als Handlung

177 Die Zurechnung ist nach *Hruschka* ein für jegliche rechtliche Systembildung tragender Grundbegriff, ohne den Begriffe wie Handlung oder Schuld «weder je für sich noch in ihrem Verhältnis zueinander angemessen erfaßt werden» können.[796] Die Bedeutung des Aktes des Zurechnens illustriert er anhand des Begriffs der Handlung, die nicht als ontologische Beschreibung von faktischen Vorgängen, sondern als *Deutung* solcher Vorgänge begriffen werden müsse:

> «Ein ontologischer Handlungsbegriff nimmt die Handlung von vornherein und unreflektiert als ein Etwas, als ein Seiendes unter anderem Seienden [...]. Damit vernachlässigt ein jeder ontologische[r] Handlungsbegriff schon von der Frage her, auf die er eine Antwort gibt, die fundamentale Tatsache, dass *wir* es doch sind, die einen Vorgang als Handlung *ansehen* [...].»[797]

178 Davon ausgehend setzt sich *Hruschka* mit den Voraussetzungen des Aktes auseinander, mit dem ein Geschehen oder eine Körperbewegung als Handlung gedeutet wird. Dabei erwägt er, dass der Unterschied zwischen einer Körperbewegung, die als Handlung aufgefasst wird, und einer, die nicht als Handlung aufgefasst wird, nicht sensorisch wahrnehmbar sei. Die Deutung enthalte daher insofern eine besondere Leistung, als sie auf «die Annahme von etwas prinzipiell nicht Wahrnehmbarem gerichtet» sei, nämlich darauf, dass die wahrnehmbare Körperbewegung von einem Subjekt ausgehe.[798] Somit ist das Subjekt als erste Voraussetzung für die Deutung eines Geschehens als Handlung identifiziert: Nehme man an, dass eine vollzogene Bewegung eines menschlichen Körpers eine Handlung sei, so setze dies voraus, dass der

795 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 3 ff. (das Zitat findet sich a.a.O. 58, bezieht sich aber auf die vorangegangenen Ausführungen). Vor *Hruschka* hatte sich bereits *Hardwig,* Zurechnung, 4 ff. mit dem Zurechnen als sprachlichem Phänomen auseinandergesetzt.

796 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 3.

797 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 3 f.

798 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 4 f. mit der Präzisierung, dass es eigentlich ein Co-Subjekt ist, da die zurechnende Person selber auch Subjekt ist.

menschliche Körper ein Subjekt repräsentiere, dass der Mensch als Subjekt anerkannt werde.[799] Doch die Anerkennung des Menschen als Subjekt reicht noch nicht aus, um seine Bewegung als Handlung zu deuten. Die Annahme einer Handlung setzt nach *Hruschka* ferner voraus, dass die Bewegung auf das Subjekt zurückgehe: dass sie vom Willen des Subjekts gesteuert sei.[800] Dieser Wille könne aber weder inhaltslos sein, noch müsse er zwingend auf bestimmte Ziele bezogen sein. Zu fragen sei vielmehr, inwiefern eine Handlung ein Mittel zur Erreichung eines Zwecks sein könne. Die Antwort darauf sieht *Hruschka* darin, dass Erfahrungsregeln dem Subjekt sagten, dass eine bestimmte Körperbewegung im Hinblick auf das gesetzte Ziel zweckrational sei.[801] Weil die Erfahrungsregeln aber lediglich eine Gruppe unter anderen Gruppen von Regeln (bspw. Regeln der Logik, der Sprache oder aber Spielregeln) seien, gelangt er schliesslich zu einem Handlungsbegriff, der jegliche Anwendung von Regeln durch ein Subjekt erfasst:

> «Wir begreifen einen Vorgang – eine Körperbewegung, einen Laut – als Handlung, wenn und weil wir annehmen, daß ein Subjekt in diesem Vorgang eine Regel anwendet.»[802]

179 An dieser Stelle schlägt *Hruschka* den Bogen zum Begriff der Zurechnung, der gerade jenen Akt bezeichne, durch den die zurechnende Person einen Vorgang als Handlung begreife.[803] Weil sich die zurechnende Person selbst nur als handelndes Subjekt annehmen könne, wenn sie auch andere handelnde Subjekte annehme, folgt für die «Problematik der Zurechnungsstrukturen», dass hinsichtlich Körperbewegungen von Menschen, die als Kosubjekte anerkannt würden, von einem Handlungscharakter auszugehen sei.[804] Dementsprechend stellt sich aber die Frage, wann eine Körperbewegung nicht als Handlung, also nicht als Anwendung von Regeln angenommen werden könne. Dabei geht *Hruschka* davon aus, dass die Anwendung von Regeln notwendigerweise die Beherrschung der angewendeten Regel voraussetze, was wiederum ein aktuelles, wenn auch nicht notwendigerweise reflektiertes Wissen hinsichtlich der angewendeten Regel voraussetze.[805]

799 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 5 ff., insb. 7.

800 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 7 ff.

801 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 10 f.: «[W]eil Erfahrungsregeln dem Subjekt zuvor sagen, daß diese oder jene Körperbewegung im Hinblick auf das zuvor gesetzte Ziel zweckrational ist.»

802 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 12 f.

803 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 13.

804 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 14 f.

805 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 15 f.

Die Zurechnung einer Körperbewegung als Handlung sei deswegen zunächst dann zu verneinen, wenn davon auszugehen sei, dass das Subjekt bei der Vornahme der Körperbewegung um *keine einzige* Regel wisse, die es anwenden könnte, was – aus unterschiedlichen Gründen – beispielsweise bei Säuglingen oder Schlafenden der Fall sei. Ferner sei eine Körperbewegung dann nicht als Handlung zuzurechnen, wenn das Subjekt trotz des Wissens um eine anwendbare Regel nicht in der Lage sei, diese zu befolgen.[806]

180 *Hruschka* weist nun aber darauf hin, dass in der Annahme, ein Subjekt habe irgendeine beliebige Regel angewendet, lediglich das begriffliche Minimum jeglicher Handlungszurechnung stecke, mit dem sich noch nichts anfangen lasse. Die Zurechnung eines Vorgangs als Handlung könne daher nur sinnvoll durchgeführt werden, wenn angenommen werden könne, jemand habe eine *bestimmte* Regel angewendet.[807] Dazu gehöre, dass die *äusseren Bedingungen* für die Anwendung der Regel gegeben seien, weshalb etwa die Annahme einer Tötungshandlung auch die Annahme einer tatsächlich von einem menschlichen Körper ausgehenden Lebensgefahr voraussetze. Aus der Annahme, dass das Subjekt eine bestimmte Regel angewendet habe, muss sich nach *Hruschka* ferner ergeben, dass auch die Nichtanwendung der Regel möglich gewesen wäre. Denn ein Vorgang, zu dem keine Alternative bestanden habe, lasse sich kaum als Anwendung einer Regel begreifen.[808] Die Zurechnung eines Vorgangs als Anwendung einer bestimmten Regel setze ferner die Annahme voraus, dass auch die *inneren Bedingungen* für die Anwendung der Regel gegeben seien, also das Bewusstsein der Regelanwendung. Daraus ergebe sich, dass eine Zurechnung eines Vorgangs als Anwendung einer bestimmten Regel auch dann nicht möglich sei, wenn das Subjekt in der konkreten Situation nicht um die Regel wisse oder es um die Realisierbarkeit der Regel nicht wissen könne.[809]

181 Neben dem Bewusstsein der Regelanwendung ist nach *Hruschka* – und im Gegensatz zum vorherrschenden Verständnis des Vorsatzes – kein zusätzlicher Wille zur Begehung der Tat erforderlich. Denn der Wille zur Regelanwendung sei mit dem Bewusstsein der Regelanwendung verbunden, weshalb mit der Annahme, dass das Subjekt die Anwendung der Regel realisiere, immer auch die Annahme mitgesetzt sei, dass es dies auch wolle – die gegenteilige Annahme wäre hingegen ein *venire contra factum proprium*.[810] Daraus

806 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 17 f.

807 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 18 ff.; vgl. auch *Seher,* Zurechnung, 587.

808 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 23 ff.

809 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 25 ff.

810 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 27.

ergibt sich aber, dass nur vorsätzliches Verhalten als Anwendung einer bestimmten Regel gedeutet werden kann. Damit wird die Erfassung der Fahrlässigkeit aber, wie beim finalen Handlungsbegriff, zu einem systematischen Problem. *Hruschka* ist allerdings der Ansicht, dass nicht die «Fahrlässigkeit» das Charakteristische an Fällen «fahrlässigen Handelns» sei, sondern die Zurechnung des Verletzungsvorgangs als Verletzungshandlung, trotz des Fehlens der hierfür an sich notwendigen Bedingungen.[811] Dazu greift er auf die naturrechtliche Unterscheidung zwischen der *actio libera in se* und der *actio libera in causa* zurück. Bereits *Pufendorf* hatte im Rahmen der *imputativitas* zwischen diesen zwei Arten von Handlungsmacht unterschieden.[812] *Hruschka* erblickt darin zwei Weisen der Zurechnung und bezeichnet diese als *ordentliche* und *ausserordentliche Zurechnung.*[813] Eine ordentliche Zurechnung werde dann vorgenommen, wenn die zurechnende Person davon ausgehe, dass kein Grund ersichtlich sei, der die Zurechnung ausschliesse. Ausserordentlich sei die Zurechnung hingegen dann, wenn zwar ein Ausschlussgrund vorliege, die Täter:in aber genau dies zu verantworten habe.[814] Zu verantworten habe sie das Vorliegen des Ausschlussgrundes wiederum dann, wenn sie eine Obliegenheit verletzt habe, die sie gerade dazu anhalte, ihre Fähigkeit zur Normbefolgung zu bewahren.[815]

2. Handlungskritik

182 An die Handlungszurechnung schliesst in *Hruschkas* Stufenmodell die Handlungskritik an, die naturrechtlich als *applicatio legis ad factum* bezeichnet wurde.[816] In diesem Schritt soll das Gesetz auf die Handlung angewendet und über die Rechtswidrigkeit der Handlung entschieden werden.[817] Bemerkenswert dabei ist, dass *Hruschka* ausdrücklich darauf hinweist, dass die Regel, an der die Handlung gemessen werde, nicht zwingend mit derjenigen über-

811 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 65.

812 *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 662 ff. weist darauf hin, dass *Pufendorf* noch keine eigene Terminologie hatte, um die unterschiedlichen Arten der Zurechnung zu kennzeichnen.

813 *Hruschka,* ZStW 96 (1984), 664; *ders.,* Rechtstheorie 22 (1991), 456; *ders.,* SB Rechtfertigung und Entschuldigung, 144 ff.; *ders.,* FS Bockelmann, 423 ff.; *ders.,* Strafrecht, 313 f.; noch nicht verwendet wird diese Terminologie in *ders.*, Strukturen der Zurechnung, 65 ff., stattdessen spricht er hier noch von der «*actio sive omissio specialis imputanda in causa*». Das Konzept der ausserordentlichen Zurechnung verwenden auch *Joerden,* Relationen, 31 ff. und *Renzikowski,* Täterbegriff, 219 ff. und 224 ff.; *Kindhäuser,* Gefährdung, 61 ff.; *ders.,* GA 1994, 208; *Vogel,* Norm und Pflicht, 57 ff.

814 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 456.

815 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 456 ff.

816 *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 30 ff.

817 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 453.

einstimmen müsse, deren Anwendung durch das Subjekt im Rahmen der Handlungszurechnung angenommen und aufgrund deren das Verhalten des Subjekts als Handlung zugerechnet worden sei.[818] Daraus folgt, dass die Massstäbe für die Handlungszurechnung und für die Handlungskritik prinzipiell voneinander unabhängig sein müssten.[819] Normtheoretisch dürfte diese Unabhängigkeit der Massstäbe damit zu begründen sein, dass sich nach *Hruschkas* Auffassung bei der retrospektiven Beurteilung eines Geschehens zwei eigenständige Regelsysteme gegenüberstehen: einmal das System der Zurechnungsregeln und jenes der Verhaltensregeln, die retrospektiv in ihrer Massstabsfunktion zur Anwendung gelangen.[820] Das System der Verhaltensregeln (naturrechtlich schlicht *«lex»*) habe in der Prospektive die Funktion, durch Gebote, Verbote und Erlaubnisregeln der Normadressat:in zu sagen, was sie zu tun und zu unterlassen habe oder was sie tun und lassen dürfe.[821] In der Retrospektive seien Verhaltensregeln nicht mehr Gebote, Verbote oder Erlaubnisregeln im ursprünglichen Sinne, sondern Delikts- und Rechtfertigungstatbestände.[822] Den Verhaltensregeln komme in der Retrospektive also eine Massstabsfunktion zu, in der sie sich an die urteilende Person richteten.[823] Davon seien aber die Zurechnungsregeln zu unterscheiden, die ein eigenes Regelsystem bildeten und ausschliesslich in der Retrospektive eine Funktion hätten. Diese richten sich wiederum an die urteilende Person und leiten die Zurechnung erster und zweiter Stufe (naturrechtlich: *imputatio facti* und *imputatio iuris*) an.[824]

183 Gegen diese Unabhängigkeit der Massstäbe wendet *Seher* indes ein, dass sich eine Handlung niemals ohne einen sie konstituierenden Kontext beschreiben lasse, wobei es hier eben nur auf den Kontext des Strafrechts ankomme.[825] Lasse sich ein Begriff der Handlung ohne das Regelsystem, anhand dessen ein Verhalten als Handlung qualifizierbar sei, nicht sinnvoll formulieren, so könne die Strafrechtsdogmatik von einem Handlungsbegriff ausgehen, der bereits durch strafrechtliche Massstäbe geformt sei.[826] Dann

---

818 *Hruschka,* Strukturen, 32.

819 Kritisch *Seher,* Zurechnung, 591.

820 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 451.

821 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450.

822 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450.

823 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450.

824 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 451 ff.

825 *Seher,* Zurechnung, 591 stimmt damit *Roxin* zu, wonach ein vorrechtlicher Handlungsbegriff entweder unauffindbar oder jedenfalls rechtlich irrelevant sei. Zu *Roxins* Kritik am finalen Handlungsbegriff siehe oben N. 114.

826 *Seher,* Zurechnung, 591.

aber müssten nach *Seher* die Massstäbe für die «Zurechnung als Handlung» und diejenigen für die «Anwendung des Gesetzes auf die Tat» unauflöslich ineinanderfliessen, und es entstünde ein normativistisches Konzept einer Handlungszurechnung.[827] Diese Überlegung *Seher*s erinnert an *Kants* Reflexionen zur Imputationslehre *Baumgartens,*[828] wonach eine freie Handlung nur dann als *factum* und damit als Gegenstand einer *imputatio facti* anzusehen sei, sofern sie sich unter ein Gesetz subsumieren lasse.[829] Die Notwendigkeit einer Abschichtung von *imputatio facti* und *applicatio legis ad factum* sieht *Hruschka* durch *Kants* Überlegungen jedoch nicht in Frage gestellt.[830]

3. Zurechnung zur Schuld

184 An die Handlungskritik soll nach *Hruschka* die zweite Stufe der Zurechnung anschliessen, nämlich die «Zurechnung zur Schuld».[831] Die Handlung wird hier in Beziehung zum handelnden Subjekt gesetzt, wobei hier entscheidend sein soll, ob das Subjekt in Bezug auf jene spezifische Regel frei gehandelt habe, im Hinblick auf die die Handlung als regelwidrig beurteilt worden ist.[832] Die Unfreiheit kann sich hier, wie auch bei der ersten Stufe der Zurechnung, aus verschiedenen Gründen ergeben, wobei *Hruschka* insbesondere zwischen der «Unfähigkeit, um die jeweils fragliche Regel zu wissen», der «aktuellen Unwissenheit aus anderen Gründen» sowie zwischen der «Unfähigkeit, die Regel zu befolgen», und der «aktuellen Unfähigkeit aus anderen Gründen» unterscheidet.[833] Als Beispiele nennt *Hruschka* etwa Verbotsirrtümer, Entschuldigungsgründe oder aber Trunkenheit.[834]

185 *Hruschka* versucht zwar, die Gründe für den Ausschluss der Zurechnung zur Schuld von den Gründen abzugrenzen, die bereits die Handlungszurechnung ausschliessen,[835] dies gelingt aber nur bedingt. So weist etwa

827 *Seher,* Zurechnung, 591 f. Zu *Sehers* eigener, normativistischen Konzeption einer Handlungszurechnung eingehend unten N. 197 ff.

828 Dazu bereits oben N. 48 ff.

829 *Kant,* AA XIX, 255, R. 7131 und 253, R. 7123; ähnlich auch *ders.,* AA XXVII.2.1, 563; eingehend zu *Kants* Auseinandersetzung mit der *Initia Baumgartens Seher,* Zurechnung, 140 ff.; kritisch *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 453.

830 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 453 f., bezieht sich aber ausschliesslich auf *Kant,* AA XXVII.2.1, 563.

831 *Hruschka,* Strukturen, 36; kritisch *Seher,* Zurechnung, 594, der darauf hinweist, dass *Joerden,* Relationen, 33 in Bezug auf diese zweite Stufe der Zurechnung zutreffend von der «Zurechnung *der Schuld*» spricht.

832 *Hruschka,* Strukturen, 41.

833 *Hruschka,* Strukturen, 41.

834 *Hruschka,* Strukturen, 43 f.

835 *Hruschka,* Strukturen, 41.

Seher darauf hin, dass die aktuelle Unfähigkeit, ein Wissen von Regeln zu aktivieren, bereits als Ausschlussgrund der Handlungszurechnung genannt werde, weshalb verwunderlich sei, dass *Hruschka* «Geisteskrankheit und Trunkenheit» und damit die Unfähigkeit, um die verletzte Rechtsregel zu wissen, zu jenen Fällen zählt, in denen die Zurechnung zur Schuld zu verneinen sei.[836]

186 Obwohl *Seher* ausdrücklich darauf verzichtet, dieser Fragestellung weiter nachzugehen,[837] liefert er mit seiner vorangehenden Kritik hinsichtlich der Trennung zwischen Handlungszurechnung und Handlungskritik[838] einen wichtigen Hinweis für die Erklärung von *Hruschkas* Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der «Zurechnung zur Schuld». Wie bereits erwähnt, soll nach *Hruschka* für die Zurechnung zur Schuld entscheidend sein, ob das Subjekt in Bezug auf diejenige Regel frei gehandelt habe, anhand deren die Handlung als regelwidrig beurteilt worden sei.[839] Dieser Schritt wird aber nur notwendig, weil und soweit diejenige Regel, deren Anwendung die Handlung konstituiert, und diejenige Regel, anhand deren die Handlung im Rahmen der Handlungskritik als regelgemäss oder regelwidrig ausgewiesen wird, nicht übereinstimmen. Stimmt die handlungskonstituierende Regel aber mit derjenigen Regel überein, anhand deren die Handlung als regelgemäss oder regelwidrig beurteilt wird, so würde die Zurechnung zur Schuld redundant. Hat das Subjekt in Bezug auf diese Regel unfrei gehandelt, so müsste in diesem Fall bereits die Handlungszurechnung ausgeschlossen werden. Wird bei der Handlungszurechnung hingegen festgestellt, dass das Subjekt in Bezug auf diese Regel frei gehandelt habe, so bliebe kein Raum, die Zurechnung zur Schuld zu verneinen, da die Freiheit in Bezug auf diese Regel bereits im Rahmen der Handlungszurechnung festgestellt wurde.

187 *Hruschkas* Schwierigkeiten in Bezug auf die Bestimmung der Kriterien der Zurechnung zur Schuld und deren Abgrenzung zu den Kriterien der Handlungszurechnung deuten darauf hin, dass *Seher*s Forderung nach einer normativistischen Konzeption einer Handlungszurechnung durchaus berechtigt sein könnte.

B. Handlungs- und Erfolgszurechnung bei *Seher*

188 Ausgehend von der Feststellung, dass die genaue Bedeutung des Wortes «Zurechnung» durchgängig im Dunkeln liege und bis heute kein Begriff der straf-

836 *Seher,* Zurechnung, 593 mit Hinweis auf *Hruschka,* Strukturen, 17 f und 43.

837 *Seher,* Zurechnung, 593.

838 *Seher,* Zurechnung, 591 f.

839 *Hruschka,* Strukturen, 41.

rechtlichen Zurechnung existiere,[840] fragt *Seher* zunächst, was genau es bedeute, jemandem etwas zuzurechnen, um sich sodann den Fragen zuzuwenden, welche Rolle die Zurechnung auf der Ebene des Straftatbestandes spiele und wie sich für sie konsensfähige Regeln formulieren liessen.[841] Zur Beantwortung dieser Fragen unternimmt *Seher* eine eindrucksvolle Untersuchung der zweitausendjährigen Geschichte der Zurechnungsidee.[842] Anhand der daraus gewonnenen Erträge formuliert er auf dem Boden der Sprechakttheorie[843] die Regeln des zurechnenden Sprechaktes für das Strafrecht.[844] Dabei stellt er aber fest, dass sich mit Blick auf die strafrechtliche Zurechnung nicht sämtliche von der Sprechakttheorie vorgesehenen Regeln eines Sprechaktes sprachphilosophisch herleiten lassen. Insbesondere die sog. «wesentliche Regel», die die illokutionäre Rolle eines Sprechaktes bestimmt, sei keine semantische, sondern eine normative Regel.[845] Im Anschluss daran untersucht *Seher* die normativen Regeln der Zurechnung im Straftatbestand, wobei er von einem dezidiert normtheoretischen Ansatz ausgeht.[846] Auf dieser Grundlage entwickelt er eine Zurechnungstheorie, welche auf der Ebene des Tatbestandes zwischen Handlungs- und Erfolgszurechnung unterscheidet.

1. Normentheoretische Grundlegung

a. Absage an monistische Normentheorien

189 *Seher* geht von einer sog. dualistischen Normentheorie aus, d.h., er unterscheidet zwischen Primärnormen, die an die Bürger:innen[847] gerichtete Verhaltenanweisungen enthalten und deshalb auch als Verhaltensnormen bezeichnet werden, und den Sekundärnormen, die an den sog. Rechtsstab ge-

840 *Seher,* Zurechnung, 8.

841 *Seher,* Zurechnung, 14.

842 *Seher,* Zurechnung, 50 ff. und *passim.*

843 Zur Sprechakttheorie, *Austin,* How to do Things with Words, *passim* und *Searle,* Speech Acts, *passim.* Der Entscheid zugunsten einer sprechakttheoretischen Annäherung an den Zurechnungsbegriff baut bei *Seher* auf einer Untersuchung des Gegenstands und der Methoden verschiedener sprachphilosophischer Ansätze auf. Siehe *Seher,* Zurechnung, 629 ff.

844 *Seher,* Zurechnung, 638 ff. und 660 ff.

845 *Seher,* Zurechnung, 678.

846 *Seher,* Zurechnung, 678.

847 Natürlich richten sich allgemeine Verhaltensnormen prinzipiell an alle der Rechtsordnung unterworfenen Personen, unabhängig von der Staatsbürgerschaft. Dies schliesst freilich nicht aus, dass der Adressatenkreis bestimmter Verhaltensnormen auf spezifische Personengruppen beschränkt wird. Der Einfachheit halber wird hier gleichwohl von Bürger:innen gesprochen.

richtet sind.[848] Obwohl die Annahme, dass es Primär- und Sekundärnormen gebe, im deutschen Schrifttum durchaus geläufig ist,[849] setzt *Seher* diese Annahme nicht ohne Weiteres als gegeben voraus, sondern setzt sich zunächst mit den sog. monistischen Normentheorien auseinander, die die Existenz von Verhaltensnormen ablehnen.[850] Mit Blick auf die Reine Rechtslehre *Kelsens* stellt *Seher* etwa fest, dass sie nicht rein monistisch gelesen und dass in ihr kein Einwand gegen eine dualistische Normentheorie gesehen werden könne.[851] Ebenfalls abgelehnt wird von *Seher* «die eingliedrige Adressatentheorie des Rechts», die *Alwart* in Anschluss an *Schmidhäuser* entwickelt hat.[852]

190 *Seher* setzt sich ferner mit dem auf einem «alethischen Rechtsverständnis» beruhenden System von *Hoyer* auseinander, das gänzlich auf den Begriff der Pflicht verzichten will und das verpflichtende «Tun-Sollen» zu einem «nüchtern-geschäftsmässigen ‹Sein-Sollen›» reduziert, das die Vornahme eines Verhaltens mit der Sanktion verknüpft.[853] *Hoyer* spricht gar von einem Geschäft.[854] *Seher* kritisiert hieran, dass sich demnach jede Person auch für ein mit Strafe bedrohtes Verhalten entscheiden *darf,* sie hierfür lediglich die von der Sanktionsnorm angedrohte Sanktion als «Preis» für ihre Entscheidung zu ertragen hat.[855] *Seher* weist dies als unplausibel ab, weil es der Straftäter:in erlaube, mit dem Staat über Rechtsgüter Dritter zu verhandeln, hinsichtlich deren beide über keine Dispositionsfreiheit verfügten.[856] Dass *Seher* mit seiner Kritik richtig liegt, zeigt sich sehr deutlich am Beispiel des Sexualstrafrechts: Würde der Staat mittels Sanktionsnormen lediglich einen Preis für die Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung festlegen, so würde aus einer Vergewaltigung ein (für das Opfer unfreiwilliger) Akt der Prostitution, bei dem der Staat als Zuhälter fungiert. Das wäre ganz offensichtlich stossend.

---

848 *Seher,* Zurechnung, 678 ff., 689 ff.

849 Vgl. *Freund,* AT², § 1 N. 9; *Freund/Rostalski,* AT³, § 1 N. 46 ff.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 59; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* § 39 N. 1 ff.; *Renzikowski,* FS Gössel, 3 ff.; ders., ARSP Beiheft 2005, 115 ff.; *Schneider/Wagner,* Normtheorie und Strafrecht, 5; ferner *Seher,* Zurechnung, 678 ff.

850 *Seher,* Zurechnung, 681 ff.

851 *Seher,* Zurechnung, 681 f.

852 Eingehend *Seher,* Zurechnung, 685 ff.

853 *Hoyer,* Strafrechtsdogmatik, 48

854 *Hoyer,* Strafrechtsdogmatik, 265 ff.

855 *Seher,* Zurechnung, 683 f. mit Hinweis auf *Hoyer,* Strafrechtsdogmatik, 265 ff.; kritisch auch *Renzikowski,* ARSP 87 (2001), 112 ff.

856 *Seher,* Zurechnung, 684.

b. Verhaltens- und Entscheidungsnormen

191 Aus der Annahme, dass es Primär- und Sekundärnormen gebe, ist aber im Hinblick auf die Bestimmung der wesentlichen Regeln für einen strafrechtlichen Zurechnungsakt noch nicht viel gewonnen. *Seher* versucht daher jene Normen zu identifizieren, die in dieser Hinsicht erhellend sind. Bereits *Bentham* hatte in «On Laws in General» festgehalten, dass es verschiedene Arten von Sekundärnormen gebe.[857] *H.L.A. Hart* hatte später postuliert, dass es drei Kategorien von *secondary rules* gebe, denen gemein sei, dass sie Modalitäten des Umgangs mit *primary rules* regelten: die *rules of recognition* regeln ihre Anerkennung, die *rules of change* ihre Schaffung, Änderung und Aufhebung und die *rules of adjudication,* wie ein verbindliches Urteil über ihre Verletzung zu fällen ist.[858] *Seher* weist darauf hin, dass die *rules of recognition* und die *rules of change* zu Beginn des Rechtssetzungsaktes und damit vor den normierten Verhaltensweisen Anwendung fänden, wohingegen die *rules of adjudication* erst im Nachgang zu einem Verhalten einschlägig seien, das den Verhaltensanordnungen unterfalle und ihnen möglicherweise widerspreche. Im Kontext der Zurechnung seien deshalb die *rules of adjudication* relevant.[859] Bei *Hart* seien die *rules of adjudication* in erster Linie auf die formale gesellschaftliche Funktion der Richter:in zugeschnitten, nicht aber auf die inhaltlichen Anforderungen an die Urteile. Er sage nichts Detailliertes über die materiellen Regeln, die die urteilende Person beim Fällen des Urteils anleiteten.[860]

192 Ausgehend von einer jüngeren angloamerikanischen Diskussion und der dortigen Gegenüberstellung von Verhaltens- und Entscheidungsregeln beginnt *Seher,* die wesentlichen Charakteristika von Entscheidungsnormen im Vergleich herauszuarbeiten, um die Klasse der Entscheidungsnormen zumindest grob zu skizzieren. Er setzt sich dabei mit den Unterschieden hinsichtlich der Ausrichtung, des Adressatenkreises und der legitimierenden Zwecke sowie mit der Frage auseinander, ob die Verletzung als solche sanktionsbewehrt sei.[861]

857 *Bentham,* Of Laws in General, 134 ff.

858 *H.L.A. Hart,* Concept of Law³, 94 ff.; *Seher,* Zurechnung, 690.

859 *Seher,* Zurechnung, 691. Als Zurechnungsgegenstände sollen nach *Seher* (a.a.O., 647) nur solche in Betracht kommen, die im Moment des Zurechnungsakts bereits geschehen sind. Ein Zurechnungsakt kann sich demnach nur auf Vorgänge in der Vergangenheit oder Zustände in der Vergangenheit beziehen.

860 *Seher,* Zurechnung, 691 f.

861 *Seher,* Zurechnung, 696 mit *Hruschka/Joerden,* ARSP 73 (1987), 95 f., die aber von einer «Gestaltungsfunktion» sprechen.

193 *Seher* weist dabei dabei im Anschluss an *Hruschka* darauf hin, dass einer einzelnen Regel unterschiedliche Funktionen zukommen könnten: Als Verhaltensnorm komme einer Regel eine *Steuerungsfunktion* zu, d.h., dass sie das Verhalten der Normadressat:innen prospektiv prägen wollen, etwa indem sie ein bestimmtes Tun oder Unterlassen befehlen oder vorschreiben. Rückblickend entfalte dieselbe Regel hingegen eine *Beurteilungsfunktion:* Sie gebe der urteilenden Person einen Massstab an die Hand, anhand dessen sie entscheiden könne, ob ein vergangenes Verhalten der Regel entsprochen oder widersprochen habe.[862] Beide Funktionen seien dann «wie zwei Seiten derselben Medaille».[863]

194 Im Zusammenhang mit der Ausrichtung von Verhaltens- und Entscheidungsnormen macht *Seher* sodann die interessante Beobachtung, dass eine Rechtsnorm, die sich nicht sinnvoll als allgemeine Verhaltensanweisung formulieren lasse, keine Verhaltensnorm sein könne. Weil nun Entschuldigungsgründe (und überhaupt jegliche auf der Schuldebene einschlägige Regel) sich nicht als Erlaubnis für die Täterschaft formulieren liessen, könnten diese Regeln ausschliesslich als Entscheidungsregeln gelesen werden.[864]

195 Besonders interessant ist schliesslich auch der Hinweis auf die Unterschiede hinsichtlich der legitimierenden Zwecke von Verhaltens- und Entscheidungsnormen, auf die bereits *Kindhäuser* aufmerksam gemacht hatte.[865] Während Verhaltensnormen dazu dienen, sozialschädliches Verhalten bzw. Rechtsgutsverletzungen zu verhindern, können Entscheidungsnormen gerade nicht auf diese Zwecke ausgerichtet sein, weil sie erst zum Zuge kämen, wenn diese Zwecke zumindest punktuell bereits verfehlt wurden. Die Legitimationsmuster von Entscheidungsnormen seien daher anderer Art und könnten etwa am Sinn der Strafe oder im Falle von prozessualen Entscheidungsregeln an Verfassungsgarantien ausgerichtet sein.[866]

862 *Seher,* Zurechnung, 697 mit Hinweis auf *Hruschka/Joerden,* ARSP 73 (1987), 96 f., wo aber von «Maßstabsfunktion» die Rede ist.

863 *Seher,* Zurechnung, 697 mit Hinweis auf das Originalzitat bei *Hruschka/Joerden,* ARSP 73 (1987), 96 f. Dieselbe Aussage findet sich auch bei *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 451

864 *Seher,* Zurechnung, 695 f. m.w.H

865 *Seher,* Zurechnung, 697 mit Hinweis auf *Kindhäuser,* Gefährdung, 29 f.; eine Gegenüberstellung der Zwecke von Verhaltens- und Sanktionsnorm findet sich etwa bei *Freud/Rostalski,* AT³ § 1 N. 49

866 *Seher,* Zurechnung, 697 f.

c. Zurechnungsnormen als relevante Normen für den Vollzug eines Zurechnungsaktes

196 Aus den vorangegangenen Ausführungen wurde bereits deutlich, dass es innerhalb der Gruppe der Entscheidungsnormen verschiedene Arten von Normen gibt.[867] Prozessuale Regeln können festlegen, wer zum Vollzug eines strafrechtlichen Sprechaktes legitimiert ist.[868] Fraglich ist aber, welche Regeln die zurechnende Person in materieller Hinsicht anleiten. Auch unter den materiellen Entscheidungsnormen muss es wiederum mehrere Arten geben. *Seher* weist nämlich zutreffend darauf hin, dass eine Norm, die lediglich den Vollzug der für ein normwidriges Verhalten angedrohten Sanktion anordnet, für sich genommen ungenügend wäre, um eine angemessene Reaktion auf einen Normbruch zu gewährleisten.[869] Bevor diese Sanktionsnormen einschlägig werden könnten, bedürfe es einer anderen Art von sekundären Entscheidungsnormen, nämlich der «Zurechnungsnormen».[870]

2. Handlungszurechnung

197 Damit ein menschliches Verhalten als Tathandlung zugerechnet werden kann, muss dieses gemäss *Seher* nach drei Seiten hin zugerichtet werden. Erstens müsse es in Beziehung zu dem Menschen gesetzt werden, der als «sich Verhaltender» betrachtet werde (Personalitätsprinzip).[871] Zweitens müsse das Verhalten mit den Normen in Beziehung gesetzt werden, die darüber entscheiden, ob das Verhalten tatbestandlich relevant sei (Normverletzungsprinzip).[872] Und drittens seien die Einflüsse zu berücksichtigen, die die Umwelt auf das Verhalten ausübten, wobei namentlich zu entscheiden sei, welche Bedeutung dem Verhalten anderer Personen zukomme (Tatherrschaftsprinzip).[873]

867 *Seher,* Zurechnung, 692 f., 699

868 Bei *H.L.A. Hart,* Concept of Law[3], 96 f. werden die *rules of adjudication* in einem prozessualen Sinn verstanden, indem sie zu bestimmen haben, wer über die Verletzung einer *primary rule* entscheiden soll. Vgl. auch *Seher,* Zurechnung, 691. Wer einen Zurechnungsakt zu vollziehen hat, wird durch die Einleitungsregel geregelt (dazu *Seher,* a.a.O. 661 f.).

869 *Seher,* Zurechnung, 600

870 *Seher,* Zurechnung, 600 und 698 f.

871 *Seher,* Zurechnung, 720.

872 *Seher,* Zurechnung, 720.

873 *Seher,* Zurechnung, 720.

a. Personalitätsprinzip

198 Die Relation zwischen dem Verhalten und seiner Urheber:in bezeichnet *Seher* als Personalitätsprinzip.[874] Zurechnungstheoretisch entscheidend sei hier, dass es eines speziellen Prinzips bedürfe, «um ein rechtlich relevantes Verhalten von einer bloßen Körperbewegung zu unterscheiden».[875] Ohne auf die Streitfragen mit den Einzelheiten strafrechtlicher Handlungsbegriffe einzugehen, hält *Seher* fest, dass nach dem Abschied von starken Handlungsbegriffen, die sich auf einen freien Willen oder eine ontologische Finalbeziehung zwischen Subjekt und Handlung stützten, heute für dieses handlungsqualifizierende Merkmal nicht mehr verlangt werde, als dass sich das Verhalten als Persönlichkeitsäusserung verstehen lasse.[876] Dieses Erfordernis führe aber zum Problem, wie auf der Ebene des Tatbestandes mit Handlungen Schuldunfähiger umgegangen werden solle: «Um das Paradoxon normbefolgungsunfähiger Normadressaten zu vermeiden, ist es aus der Perspektive der Verhaltensnormen unausweichlich, Schuldunfähige aus der Reichweite ihrer Normbefehle herauszuhalten»[877] – eben dies müsste aber dazu führen, dass schuldunfähige Personen nicht normwidrig und damit nicht tatbestandsmässig handeln könnten.[878] *Seher* weist nun aber daraufhin, dass dieses Adressatenproblem nur insoweit bestehe, als die Verhaltensnorm in ihrer Steuerungsfunktion vor der Tat eine verhaltenslenkende Wirkung entfalten wolle. In ihrer Steuerungsfunktion könne die Verhaltensnorm nur für Personen gelten, die überhaupt in der Lage sind, diese zu befolgen.[879] Nach der Tat komme der Verhaltensnorm hingegen eine Beurteilungsfunktion zu, für die es durchaus sinnvoll sein könne, vorerst mit der Fiktion zu arbeiten, dass eine normativ relevante Handlung vorliege.[880] Dabei schlägt *Seher* den Bogen zu *Larenz,* der bereits darauf hingewiesen hatte, dass Handlungen von schuldunfähigen Personen nur dann Gegenstand eines Zurechnungsaktes sein können, wenn die handelnde Person nicht in ihrer konkreten Individualität, sondern als abstrakte Person betrachtet werde.[881] In dieser Idee erblickt *Seher* nun gerade die Wurzel der Idee einer «objektiven Zurechnung», deren

---

874 *Seher,* Zurechnung, 720.

875 *Seher,* Zurechnung, 721.

876 *Seher,* Zurechnung, 721 mit Hinweis auf *Roxin,* AT I^4, § 8 N. 44 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I^5, § 8 N. 44).

877 *Seher,* Zurechnung, 721 und 714 ff., dazu bereits *Hardwig,* Zurechnung, 124 f.

878 Dazu auch *Rostalski,* SB Normentheorie und Strafrecht, 105 ff.

879 *Seher,* Zurechnung, 716.

880 *Seher,* Zurechnung, 716 und 721.

881 *Larenz,* Zurechnungslehre, 94; *Seher,* Zurechnung 721.

Objektivität gerade darin bestehe, die individuellen geistigen und körperlichen Fähigkeiten der handelnden Person einstweilen ausser Betracht zu lassen.[882] Unklar bleibt allerdings, inwieweit von den individuellen Fähigkeiten der handelnden Person abstrahiert werden soll.[883]

b. Normverletzungsprinzip

199 Den Mittelpunkt der zurechnenden Qualifikation eines Verhaltens als Handlung soll nach *Seher* das Normverletzungsprinzip bilden, das die Relation zwischen dem Verhalten und der Rechtsordnung bezeichnet. Angesichts dessen, dass von verschiedenen Seiten argumentiert werde, es habe nichts mit Zurechnung zu tun, wenn ein Verhalten an den Normen des Rechts gemessen werde, erweise sich das Normverletzungsprinzip zugleich als das umstrittenste Element der Handlungszurechnung.[884] Mit Verweis auf seine umfassende Untersuchung hält *Seher* jedoch fest, dass es keinen anderen praktikablen Massstab für die Feststellung einer Handlung gebe «als denjenigen, den das Normensystem bereitstellt, innerhalb dessen diese Handlung bewertet werden soll».[885]

200 Inhaltlich gehe es beim Normverletzungsprinzip um die Anwendung der Verhaltensnorm in ihrer Beurteilungsfunktion, also um die Feststellung, ob die handelnde Person durch ihr Verhalten gegen einen Normbefehl verstossen habe.[886] Weil allgemein anerkannt sei, dass die Annahme blosser Verursachungsverbote sinnlos sei, könnten erfolgsgerichtete Verhaltensnormen nur Verhaltensweisen verbieten, die für die vom jeweiligen Tatbestand geschützten Angriffsobjekte eine Schädigungsgefahr schaffen würden.[887] Einen konkreten Massstab zur Bestimmung des verbotenen Verhaltens benennt *Seher* indes nicht, vielmehr geht er davon aus, dass die «Grundidee des Adäquanzmaßstabs» passend sei, was aber nicht ausschliesse, aufgrund sozialer Nützlichkeitserwägungen «die Schwelle des Verbotenen variabel zu handhaben.»[888]

882 *Seher,* Zurechnung, 721 f.

883 Als sinnvoller Massstab dürfte sich hier die von *Stratenwerth,* FS Jescheck, 287 ff. getroffene Unterscheidung zwischen instrumentellem Können und sittlichem Vermögen erweisen.

884 *Seher,* Zurechnung, 722.

885 *Seher,* Zurechnung, 722. Zur Kritik von *Seher* an der Zurechnungskonzeption von *Hruschka* auch a.a.O., 590 ff.; ferner oben N. 183.

886 *Seher,* Zurechnung, 722.

887 *Seher,* Zurechnung, 705.

888 *Seher,* Zurechnung, 705.

201 Umstritten sei aber, welcher Massstab bei der Feststellung anzulegen sei, ob die handelnde Person durch ihr Verhalten gegen einen Normbefehl verstossen habe.[889] Entgegen der h.M. will *Seher* hier nicht auf die sog. objektiv-nachträgliche Prognose abstellen, sondern einen retrospektiven Massstab anlegen.[890] Eben dies begründet er damit, dass sich die *ex ante*-Perspektive der in ihrer Steuerungsfunktion prospektiv ausgerichteten Verhaltensnorm mit der Vornahme eines Verhaltens situativ erledigt habe. Nach einem normwidrigen Verhalten habe die Verhaltensnorm keine Steuerungsfunktion mehr, sondern nur noch eine Beurteilungsfunktion.[891] In der Regel könne die Verhaltensnorm in dieser Funktion gewissermassen spiegelbildlich eingesetzt werden, was heisse, dass ihre Kriterien nicht prospektiv, sondern retrospektiv angewandt würden.[892] Dies bedeutet aber nicht, dass *Seher* das Normwidrigkeitsprinzip unabhängig von jeglichen intellektuellen und voluntativen Umständen der handelnden Person bestimmen will. Vielmehr spricht er sich dafür aus, die Trennung zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand aufzugeben und stattdessen den Vorsatz (und die Fahrlässigkeit), soweit sich dieser auf die Handlung und deren Gefährlichkeit beziehe, gemeinsam mit der Handlung zu prüfen.[893]

202 Neben der Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand will *Seher* auch die Unterscheidung zwischen der Ebene des Tatbestandes und jener der Rechtswidrigkeit aufgeben.[894] Aus normlogischen Gründen seien die Rechtfertigungsgründe als Begrenzung der Verbots- und Gebotsnormen anzusehen, was sich für die Handlungszurechnung dahingehend auswirke, dass im Falle einer Rechtfertigung des Verhaltens im Ergebnis kein Verhaltensnormverstoss vorliege.[895]

c. Tatherrschaftsprinzip

203 Die dritte und letzte Relation, die das Verhalten der beschuldigten Person in Beziehung zu seiner Umwelt setzt, bezeichnet *Seher* als *Tatherrschaftsprinzip.*

889 *Seher,* Zurechnung, 722 f.

890 *Seher,* Zurechnung, 600 und 696 f.; *ders.,* FS Frisch, 220.

891 *Seher,* FS Frisch, 220, der an dieser Stelle aber an *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450 anknüpfend von einer «Maßstabsfunktion» spricht. Vgl. auch *Seher,* Zurechnung, 696 f.

892 *Seher,* FS Frisch, 220 mit Hinweis auf *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 451.

893 *Seher,* Zurechnung, 724 sowie 731 f.; gegen eine strikte Trennung von objektivem und subjektivem Tatbestand hat sich auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 27 Fn. 104 ausgesprochen. Dazu auch unten N. 240.

894 *Seher,* Zurechnung, 709 ff. und 724.

895 *Seher,* Zurechnung, 724.

Hier werde berücksichtigt, dass jedenfalls die Vorsatzdelikte ein tatherrschaftsbegründendes Verhalten verlangen. Daran könne es aus zwei Gründen fehlen: «Zum einen in Fällen mangelnder Beherrschbarkeit gegenüber den Naturgesetzen; und zum anderen bei mangelnder Beherrschung aufgrund eigenverantwortlicher Handlungen Dritter oder des Opfers selbst.»[896] Das Tatherrschaftsprinzip begrenze damit das Normverletzungsprinzip insofern, als auch Verhaltensweisen, die grundsätzlich die Kriterien für normwidriges Verhalten erfüllen, nicht als Tathandlung qualifiziert werden, wenn sie nicht den «gesetzlich geforderten Intensitätsgrad» erreichen.[897] Nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist aber, weshalb diese Begrenzung nicht bereits innerhalb des Normverletzungsprinzips erfolgen kann.[898]

204 Unter dem Tatherrschaftsprinzip will *Seher* auch Fälle eigenverantwortlicher Selbstgefährdung oder einverständlicher Fremdgefährdung behandeln, sofern der eigenverantwortliche Beitrag der anderen Person im Handlungszeitpunkt erbracht werde oder jedenfalls bekannt sei, dass er erfolgen werde.[899] Bei eigenverantwortlichen Anschlusshandlungen, die erst ausgeführt werden, nachdem das Verhalten der beschuldigten Person bereits vollständig abgeschlossen sei, müsse die Tathandlung unabhängig von den nachfolgenden Ereignissen gewürdigt werden. Deshalb müsse ein allfälliger Zurechnungsausschluss hier über erfolgskonstituierende Zurechnungsnormen begründet werden.[900]

205 Schliesslich weist *Seher* auch darauf hin, dass bei unechten Unterlassungsdelikten ein eigenständiges Kriterium zur Begründung der Tatherrschaft herangezogen werden müsse, da es hier meist an äusseren Umständen fehle, die eine Tatherrschaft begründen könnten. Deswegen bilde hier die Garantenstellung die normative Entsprechung zur Tatherrschaft bei Begehungsdelikten.[901] Gleichzeitig weist er aber mit dem BGH auch daraufhin,

896 *Seher,* Zurechnung, 725.

897 *Seher,* Zurechnung, 725.

898 Angesichts dessen, dass *Seher,* Zurechnung, 724, Rechtfertigungsgründe als «Begrenzung von Ver- und Gebotsnormen» ansieht und diese daher bereits unter dem Normwidrigkeitsprinzip berücksichtigt, ist schwer nachvollziehbar, weshalb nicht auch das Verantwortlichkeitsprinzip bereits innerhalb des Normwidrigkeitsprinzips als Begrenzung von Ver- und Gebotsnormen anzusehen sein soll.

899 *Seher,* Zurechnung, 726 mit dem Hinweis, dass auch das Eigenverantwortlichkeitsprinzip bereits zu den Kriterien zähle, die die Zurechnung des Verhaltens als Tathandlung leiten, und nicht erst über die Zurechenbarkeit des Taterfolgs entscheiden solle. Nicht näher dargelegt wird aber, in welchem Verhältnis das Eigenverantwortlichkeitsprinzip zur Tatherrschaft stehen soll.

900 *Seher,* Zurechnung, 726 f.

901 *Seher,* Zurechnung, 727 mit Hinweis auf *Roxin,* AT II, 32 N. 19.

dass die Garantenstellung Voraussetzung dafür sei, dass die beschuldigte Person überhaupt als Normadressat:in des Verhaltensgebots in Frage komme.[902] Aufgrund der rein normativen Struktur des Straftattyps des unechten Unterlassungsdelikts erwachse aber aus einer Garantenstellung jedenfalls dann eine normative Tatherrschaft, «wenn sie sich in der konkreten Situation zu einer Garantenpflicht konkretisiere».[903] Auch hier stellt sich aber die Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, das Tatherrschaftsprinzip im Normverletzungsprinzip aufgehen zu lassen.

3. Erfolgszurechnung

206 Die Erfolgszurechnung versteht *Seher* nicht in einem zuordnenden, sondern in einem qualifizierenden Sinn: Durch den Akt der Erfolgszurechnung wird *die Handlungsfolge als Unrechtserfolg* zugerechnet.[904] Dazu müsse zunächst eine Verbindung zwischen dem «Erfolg» und der Handlung hergestellt werden (Gefahrverwirklichungszusammenhang).[905] Anschliessend müsse der «Erfolg» in Beziehung zur Rechtsordnung gesetzt werden (Schutzzweckprinzip).[906] Und zuletzt sei ein Bezug des «Erfolgs» zur handelnden Person notwendig, wozu Vorsatz und Fahrlässigkeit hinsichtlich des «Erfolges» erforderlich seien (Erfolgsvorsatz bzw. Voraussehbarkeit).[907]

a. Gefahrverwirklichungszusammenhang

207 Der Gefahrverwirklichungszusammenhang spielt für die Erfolgszurechnung eine tragende Rolle, da das als Erfolg zu qualifizierende Ereignis nur durch die Anbindung an eine Handlung als deren Erfolg angesehen werden kann.[908] Hier gehe es darum, ob die Gefährlichkeit der Handlung, die bereits das entscheidende Kriterium des Normverletzungsprinzips bildete, sich auch in der eingetretenen Handlungsfolge niedergeschlagen habe. Hierher gehörten auch etwa Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Kausalzusammenhängen, die sich nur probabilistisch angeben liessen, und hinsichtlich solcher Geschehensverläufe, zu denen sich rechtmässige Alternativverläufe konstruieren

902 *Seher,* Zurechnung, 727 mit Hinweis auf BGHSt 37, 106, 107.

903 *Seher,* Zurechnung, 727.

904 *Seher,* Zurechnung, 727 und 731 f.

905 *Seher,* Zurechnung, 727 mit Fn. 25, der darauf hinweist, dass es eigentlich ungenau sei, hier bereits von Erfolg zu sprechen, da das in Frage stehende Ereignis ja erst durch den Zurechnungsakt als Erfolg qualifiziert werde.

906 *Seher,* Zurechnung, 727 ff.

907 *Seher,* Zurechnung, 728 und 729 f.

908 *Seher,* Zurechnung, 727.

liessen.[909] Die im Zusammenhang mit diesen Problemen bestehenden Streitfragen könne eine Theorie der Zurechnung als solche aber nicht entscheiden, vielmehr könne sie alleine angeben, dass die Streitfragen an dieser Stelle ihren systematischen Ort hätten.[910]

b. Schutzzweckprinzip

208 Eines speziellen Bezugs zwischen «Erfolg» und Rechtsordnung bedarf es nach *Seher* in Bereichen, in denen die rechtlich relevante Handlung im Rahmen des Normverletzungsprinzips anhand einer speziellen rechtlichen Verhaltensnorm (Sorgfaltsnorm) bestimmt werde. Der herbeigeführte «Gefahrerfolg» müsse hier innerhalb des Schutzbereiches der verletzten Sorgfaltsnorm liegen.[911]

c. «Erfolgsvorsatz bzw. Vorhersehbarkeit»

209 Nach *Seher* bildet der Erfolgsvorsatz das massgebliche Kriterium für die Relation zwischen der beschuldigten Person und dem Taterfolg. Diese für die Vollendung von Erfolgsdelikten erforderliche Relation begrenze den objektiven Gefahrverwirklichungszusammenhang auf das von der beschuldigten Person willentlich gesetzte Mass. Damit wendet sich *Seher* gegen diejenigen Auffassungen, nach denen sich der Vorsatz nicht auf den Erfolg, sondern nur auf die Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr beziehen müsse.[912] Die Annahme der Erfolgsbezogenheit des Vorsatzes (und der Fahrlässigkeit) ist zwar zu befürworten, unklar bleibt aber, weshalb es dafür bei der Erfolgszurechnung ein eigenes Kriterium brauchen soll, während der Vorsatz und die Fahrlässigkeit hinsichtlich der rechtlich relevanten Gefahrschaffung bei der Handlungszurechnung zum Normwidrigkeitsprinzip gehören sollen.[913]

4. Zurechnung der Schuld?

210 Da sich *Sehers* Habilitationsschrift mit der Bedeutung der Zurechnung auf der Ebene des Tatbestandes auseinandersetzt,[914] führt er nicht aus, wie bei der Zurechnung der Schuld vorzugehen wäre. Weil er aber bei der Handlungszurechnung von der individuellen Person abstrahiert und zunächst

909 *Seher,* Zurechnung, 728.

910 *Seher,* Zurechnung, 728

911 *Seher,* Zurechnung, 728.

912 In diese Richtung aber *Zielinski,* Handlungs- und Erfolgsunwert, 129 ff.; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 27 und 357; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 68 ff. und 340 ff.; kritisch dazu *Seher,* Zurechnung, 729.

913 Dazu *Seher,* Zurechnung, 723 f.

914 *Seher,* Zurechnung, 14.

von der Fiktion ausgeht, dass die beschuldigte Person schuldhaft gehandelt habe,[915] bliebe seine Zurechnungstheorie ohne eine Zurechnung der Schuld unvollständig. Es ist deswegen davon auszugehen, dass in *Sehers* Zurechnungstheorie neben die Handlungs- und Erfolgszurechnung noch die Zurechnung der Schuld treten soll.[916]

5. Würdigung

211 Obwohl *Seher* bei der Entwicklung seiner Zurechnungstheorie viele Einzelfragen offenlässt und die einzelnen Kriterien daher noch unbestimmt bleiben,[917] erscheint die Theorie im Grossen und Ganzen überaus plausibel. Der Bedarf an einer weiteren Ausarbeitung ändert nichts daran, dass diese Zurechnungstheorie im Vergleich zu allen vorangehenden das höchste Niveau der Systembildung erreicht hat, indem sie eine gehaltvolle Handlungszurechnung ermöglicht, ohne zugleich die Möglichkeit einer selbstständigen Erfolgszurechnung auszuschliessen.

VI. Würdigung der Entwicklung der objektiven Zurechnung

A. Die «neuere» Lehre von der objektiven Zurechnung als neues Konzept?

1. Die Idee der objektiven Zurechnung im Kontext der dogmengeschichtlichen Entwicklung der Idee der Zurechnung

212 Die vorangegangenen Darstellungen der Entwicklung der objektiven Zurechnung haben zunächst gezeigt, dass das Konzept der Zurechnung, oder genauer: des Zurechnens, eine lange Tradition hat, die zumindest bis ins 17. Jahrhundert zurückreicht.[918] Bis ins späte 19. Jahrhundert bildete jeweils der freie Wille den Dreh- und Angelpunkt des Zurechnungssystems.[919] Die Entwicklung dieser subjektiven Zurechnungskonzeptionen fand aber durch den rechtswissenschaftlichen Naturalismus, der durch positivistisches und empiristisches Denken geprägt war, ein vorläufiges Ende. Anstelle des freien Willens rückte

915 *Seher,* Zurechnung, 720 ff.

916 *Seher,* Zurechnung, 594 und 675 macht deutlich, dass es bei diesem Zurechnungsakt um die Zurechnung *der* Schuld und nicht um die Zurechnung *zur* Schuld gehen muss.

917 Vgl. etwa *Seher,* Zurechnung, 728

918 Siehe dazu die Darstellungen zu den philosophischen Wurzeln der Zurechnung oben N. 43 ff.

919 *Seher,* Zurechnung, 283.

der empirisch nachweisbare Kausalzusammenhang in den Mittelpunkt des Straftatsystems.[920] Der Streit um den richtig verstandenen Kausalitätsbegriff bildete aber zugleich den Nährboden, aus dem schliesslich die Idee der objektiven Zurechnung entstand ist.[921] Angestossen durch die Erkenntnistheorie des Neukantianismus fand ab dem zweiten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts ein abermaliger Wandel des strafrechtswissenschaftlichen Selbstverständnisses statt, aus dem die Einsicht hervorging, dass rechtliche Wertungen unabhängig von der Feststellung des Kausalzusammenhanges zu treffen sind.[922]

213 In diesem Zusammenhang wurde die Idee der objektiven Zurechnung erstmals 1927 von *Larenz* verwendet und 1930 von *Honig* übernommen.[923] Im Gegensatz zu den herkömmlichen Zurechnungstheorien sollte bei der objektiven Zurechnung nicht der tatsächliche subjektive Wille des handelnden Subjekts den Zurechnungsgrund bilden.[924] Vielmehr wurde der Zurechnungsgrund dahingehend objektiviert, dass für *Larenz* die Möglichkeit der Voraussicht eines Ereignisses massgeblich war,[925] wohingegen *Honig* auf objektive Bezweckbarkeit des Erfolges abstellen wollte.[926] Ansätze für eine solchermassen objektivierte Zurechnung könnten zwar in *Hegels* «Recht der Objektivität» gesehen werden, in dieser Form war die Idee der objektiven Zurechnung aber durchaus neu. Während nämlich die Zurechnung bei *Hegel* gerade im Lichte des Rechts der Objektivität ein normativer Deutungsakt ist, trifft dies auf die ursprüngliche Idee der objektiven Zurechnung nicht im selben Sinn zu. Die objektive Zurechnung erscheint in ihrer ursprünglichen Form vielmehr als objektivierte Fassung einer *imputatio facti,* die lediglich die Grundlage und der Gegenstand für nachfolgende Wertungen bilden soll.[927]

2. Die «neuere» Lehre von der objektiven Zurechnung im Kontext der Entwicklung der Strafrechtsdogmatik der letzten 150 Jahre

214 Mit Blick auf die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in den letzten 150 Jahren mag die «neuere» Lehre von der objektiven Zurechnung, die seit den frühen 1970er-Jahren entstanden ist, durchaus als vergleichsweise neuere

920 Siehe dazu oben, 47 ff.

921 Zu den Ursprüngen der objektiven Zurechnung oben N. 68, N. 96 ff.

922 Hierzu oben N. 70 f. und N. 84 ff.

923 *Larenz,* Zurechnungslehre, 51 und 61; *Honig,* FS Frank, 175 ff.; dazu oben, 63 ff.; zuvor hatte *v. Almendingen* den Begriff der objektiven Zurechnung bereits in einem anderen Kontext verwendet, dazu oben N. 54.

924 Siehe oben N. 108 f.

925 *Larenz,* Zurechnungslehre, 67 ff.

926 *Honig,* FS Frank, 183.

927 Dazu bereits oben N. 108 f.

Erscheinung anzusehen sein. Beachten wir aber, dass die Wurzeln der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung bis in die späten 1920er-Jahre zurückgehen, so gilt es, diese Einschätzung zu hinterfragen. Nicht zu übersehen ist dabei aber, dass sich die «neuere», insbesondere von *Roxin* geprägte Lehre von der objektiven Zurechnung in wesentlichen Punkten von der ursprünglichen Idee der objektiven Zurechnung unterscheidet.[928] Während die objektive Zurechnung bei *Larenz* und *Honig* durch die Ausgrenzung von zufälligen Geschehensabläufen lediglich den Gegenstand für spätere Wertungen bestimmen sollte,[929] fliessen bei der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung bereits rechtliche Bewertungen in die Zurechnung ein. Der Grund dafür liegt darin, dass *Roxin* die objektive Bezweckbarkeit nur für einen vorläufig verwendbaren, präzisierungsbedürftigen Begriff hielt.[930] Beim Versuch der Präzisierung der objektiven Bezweckbarkeit reicherte er die objektive Zurechnung mit normativen Wertungen an.[931] Im Gegensatz zu *Honig* geht die neuere Lehre von der objektiven Zurechnung daher nicht mehr davon aus, dass ein rechtliches Verbot sinnvollerweise nur ein Verhalten treffen könne, das den Erfolg in zurechenbarer Weise verursacht hat, sondern verlangt umgekehrt, dass die objektive Zurechnung auszuschliessen sei, weil ein Verhalten rechtlich nicht missbilligt sei.[932]

215 Das Neue an der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung scheint also darin zu sehen zu sein, dass in die objektive Zurechnung bereits eine rechtliche Bewertung des Verhaltens miteinfliesst. Doch auch die Idee, solche normative Wertungsmassstäbe bereits in den objektiven Tatbestand einfliessen zu lassen, ist keineswegs neu, sondern findet sich bereits bei *M.L. Müller* und *Engisch,* auf die sich ein grosser Teil der heute als relevant angesehenen Zurechnungsgesichtspunkte zurückführen lässt.[933] Nicht zu übersehen ist sodann, dass viele Gesichtspunkte der «neueren» Lehre von der objektiven Zurechnung schon vor den 1970er-Jahren zu den gemeinhin akzeptierten Tatbestandsvoraussetzungen des Fahrlässigkeitsdelikts gehörten.[934]

928 Dazu insb. *Maiwald,* FS Miyazawa, 470 ff.; ferner *Frisch,* GA 2003, 722 und *Seher,* Zurechnung, 458.

929 *Honig,* FS Frank, 188 ff., 195; *Larenz,* Zurechnungslehre, 60 ff.; vgl. auch *Maiwald,* FS Miyazawa, 470 ff. *Seher,* Zurechnung, 458

930 So *Frisch,* FS Roxin, 214 mit Hinweis auf *Roxin,* FS Honig, 135.

931 *Frisch,* FS Roxin, 214 mit Hinweis auf *Roxin,* FS Honig, 135 137,140 kritisch *Maiwald,* FS Miyazawa, 474 ff.; *Kahlo,* FS Küper, 261.; *H. Schumann / A. Schumann,* FS Küper, 544 Fn. 9.

932 Dazu *Maiwald,* FS Miyazawa, 474 f.

933 Zu *M.L. Müller* und *Engisch,* oben N. 86 ff. bzw. N. 90 ff.

934 So insbesondere die Kritik von *Hirsch,* FS Lackner, 140.

B. Die objektive Zurechnung als «Erfolgsgeschichte»?

216 Die Entwicklung der objektiven Zurechnung wird von *Goeckenjan* als «Erfolgsgeschichte» beschrieben.[935] Dieser Einschätzung ist zunächst mit Blick auf die Anerkennung und Rezeption der objektiven Zurechnung zuzustimmen: Im strafrechtlichen Schrifttum hat die objektive Zurechnung heute zweifellos als herrschende Meinung zu gelten.[936] Obwohl die Anzahl kritischer Stellungnahmen zur Lehre von der objektiven Zurechnung zugenommen haben dürfte,[937] ist zweifelhaft, ob die Lehre von der objektiven Zurechnung deswegen bereits «in die Defensive geraten» ist.[938]

217 Als Erfolg ist die Lehre von der objektiven Zurechnung auch insofern anzusehen, als das ihr zugrundeliegende normativistische Denken einen erheblichen Fortschritt gegenüber dem Strafrechtsdenken des Finalismus darstellt, das strafrechtliche Problemlösungen aus «sachlogischen Strukturen» ableiten wollte.[939] Dennoch ist fraglich, ob mit *Schroeder* tatsächlich angenommen werden sollte, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Bedeutung an die Stelle der finalen Handlungslehre getreten sei.[940] Zwar dürfte *Roxin*s normativistische Handlungskonzeption, bei der die Qualifikation eines Verhaltens als Tötungshandlung gerade von der objektiven Zurechnung des Erfolges abhängen soll,[941] auch zum Niedergang der finalen Handlungslehre beigetragen haben. Zu beachten ist aber, dass sich die Bedeutsamkeit der finalen Handlungslehre nicht aus ihrem bescheiden gebliebenen Erfolg als Handlungslehre ergibt, sondern aus den aus der Handlungslehre abgeleiteten systematischen Folgerungen, also aus dem finalistischen Straftatsystem.[942] Der finalistische Deliktsaufbau wird durch die Lehre von der objektiven Zurechnung aber nicht grundlegend in Frage gestellt, sondern lediglich ergänzt.

935 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 117 ff.; siehe auch *Vormbaum,* Moderne Strafrechtsgeschichte[4], 242, der von einem «Siegeszug» spricht. Ähnlich auch *Jäger,* Zurechnung und Rechtfertigung, 4 und 43 und *Maiwald,* FS Miyazawa, 465 f.; ferner *Pawlik,* FS Jakobs, 493.

936 So die Einschätzungen bei *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 99; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 117 f.; *Hirsch,* FS Lenckner, 119; *Koriath,* Kausalität und objektive Zurechnung, 15, 155; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 50; *F.-C. Schroeder,* FS Szwarc, 273; *K. Schumann,* Jura 2008, 413. Vgl. auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 37; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 256.

937 Vgl. dazu SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 97.

938 So aber *Gössel,* GA 2015, 18.

939 In diese Richtung auch *Seher,* Zurechnung, 462

940 *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 39 f.

941 *Roxin,* FS Honig, 146; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 51.

942 Dazu bereits vorne, 84 ff.

218 Die Anerkennung der objektiven Zurechnung ermöglicht es, gewisse Probleme, die zuvor erst im subjektiven Tatbestand behandelt wurden, bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes zu lösen, indem die im Anschluss an die Kausalität zu prüfende objektive Zurechnung verneint wird.[943] Damit trägt sie dem Bedürfnis nach einer möglichst frühen «Korrektur» der uferlosen Äquivalenztheorie Rechnung,[944] ohne zugleich einen tiefgreifenden Umbau des Deliktsaufbaus vorzunehmen. Gerade darin dürfte auch ein wichtiger Grund für den Erfolg der Lehre von der objektiven Zurechnung zu sehen sein, wie *Goeckenjan* zutreffend ausführt: Ihr zufolge ist der wesentliche Grund für den Erfolg der objektiven Zurechnung vermutlich darin zu sehen, «dass sie ein schon zuvor latent vorhandenes Bedürfnis nach einer wertenden Einschränkung der strafrechtlichen Erfolgshaftung aufgriff und ihm inhaltliche Kriterien sowie einen Platz innerhalb des Straftataufbaus zuwies».[945] Damit deutet sie darauf hin, dass für den Erfolg der objektiven Zurechnung nicht nur das latente Bestehen eines Bedürfnisses nach einer «einer wertenden Einschränkung der strafrechtlichen Erfolgshaftung» entscheidend war, sondern auch die Art und Weise, wie die Lehre von der objektiven Zurechnung diesem Bedürfnis nachkam, nämlich indem sie greifbare inhaltliche Kriterien bestimmte und ihnen *einen einzelnen* Platz innerhalb des Straftataufbaus zuwies.[946] Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich die Lehre von der objektiven Zurechnung von anderen normativistischen Lösungsansätzen, wie etwa jenem von *Frisch*, dessen Übernahme weitergehende Änderungen am Straftataufbau nach sich ziehen würde.[947]

219 Ob es aus dogmatischer Sicht vorzugswürdig ist, den finalistischen Straftataufbau auf der Ebene des objektiven Tatbestandes durch die Lehre von der objektiven Zurechnung zu ergänzen, anstatt ihn vollständig durch ein abweichendes System zu ersetzen, bleibt indes fraglich. Angesichts dessen, dass insbesondere mit der von *Seher* entfalteten Zurechnungstheorie ein Straftatsystem bereitsteht, das ein wesentlich höheres Niveau der Begriffs- und Systembildung erreicht hat, erscheint die Sinnhaftigkeit eines Festhaltens am finalistischen System zumindest zweifelhaft.[948]

---

943 Vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 119 f.; Schroeder, FS Androulakis, 663; *ders.,* Blitz als Mordinstrument, 59.

944 Vgl. dazu *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 122; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 119 f.; *Hilgendorf/Valerius,* AT², 4/43 ff.; *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 36 f.; *Seher,* Jura 2001, 814; *Wessels/Beulke/Satzger*⁴⁹, N. 258.

945 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 121 mit Hinweis auf *Frisch,* GA 2003, 729.

946 Vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 121.

947 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, passim. Gleiches gilt auch für die von *Seher,* Zurechnung, 628 ff., 718 ff. entwickelte Zurechnungskonzeption.

948 Für eine Revision des Straftatsystems spricht sich auch *Frisch,* GA 2018, 571 f., aus.

§3 Untersuchung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte

Nachdem die Entwicklung der objektiven Zurechnung beleuchtet wurde, sollen nun, aufbauend auf den dabei gewonnenen Einsichten, die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte der Lehre der objektiven Zurechnung näher untersucht werden. Dabei ist nicht nur festzustellen, nach welchen Kriterien die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte geprüft werden und welche Bedeutung ihnen bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten beigemessen wird. Vielmehr ist auch kritisch zu hinterfragen, ob es diese Kriterien tatsächlich braucht und ob sie richtigerweise als Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung anzusehen sind. 220

Eine erste Schwierigkeit, die sich bei dieser Untersuchung stellt, besteht darin, dass die Darstellungen der «neueren» Lehre der objektiven Zurechnung in der Literatur keine einheitliche Gliederung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte verwenden.[949] Zwar scheinen viele Darstellungen der objektiven Zurechnung in der Literatur grob an die Einteilung der Zurechnungsgesichtspunkte in *Roxins* Lehrbuch zum Allgemeinen Teil angelehnt zu sein, nicht selten weichen sie aber mit Blick auf einzelne Zurechnungsgesichtspunkte dann doch davon ab.[950] Dies erwiese sich als unproblematisch, wenn erstellt wäre, dass die Gliederung der Zurechnungsgesichtspunkte keinerlei inhaltliche Auswirkungen hätte. Aufgrund der mindestens zweistufigen Struktur der objektiven Zurechnung dürfte dies aber kaum der Fall sein. Deshalb besteht die Gefahr, dass mit dem Entscheid für oder gegen eine bestimmte Gliederung bereits Wertungen vorweggenommen werden. Um dies zu vermeiden, wird darauf verzichtet, vorab selbst eine Zuordnung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte zu einer bestimmten Stufe der objektiven Zurechnung vorzunehmen. Stattdessen richtet sich die Darstellung in dieser Hinsicht im Wesentlichen nach der Einteilung der Zurechnungsgesichtspunkte bei *Roxin*.[951] Das heisst, dass gewisse Zurechnungsgesichtspunkte 221

949 Vgl. *Lackner/Kühl*[49], vor §13 N. 13/14; *Block,* Atypische Kausalverläufe, 59; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 132; ferner *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 2 Fn. 4; *ders.,* LPK[7], vor §13 N. 104.

950 Dazu bereits oben N. 22 ff. und N. 156 ff.

951 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 53 ff., N. 69 ff. und N. 106 ff. (entsprechend jeweils *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53 ff., N. 69 ff., und N. 106 ff.).

einer dritten Stufe zugeordnet werden, die im Anschluss an die Schaffung einer missbilligten Gefahr und dann die Verwirklichung der missbilligten Gefahr zu untersuchen ist.[952]

222 Damit soll aber noch keine Wertung verbunden sein. Ebenso soll keine Wertung darin gesehen werden, dass gewisse Zurechnungsgesichtspunkte überhaupt angesprochen werden. Aufgrund der hier gewählten Vorgehensweise ist zudem zu beachten, dass zum Teil nur vorläufige Schlüsse gezogen werden können und gewisse Fragen, die auch für nachfolgende Zurechnungsgesichtspunkte relevant sind, aufgeschoben werden müssen. Nur so kann vermieden werden, dass Wertungen vorweggenommen werden oder es aufgrund der Reihenfolge der untersuchten Zurechnungsgesichtspunkte gar zu Fehlschlüssen kommt.

I. Die Schaffung einer missbilligten Gefahr

A. Grundlegendes zum Gefahrschaffungserfordernis

1. Begründung des Gefahrschaffungserfordernisses

223 Der Sachgrund für das Erfordernis einer missbilligten Gefahrschaffung wurde im vorangegangenen Teil bereits verschiedentlich angesprochen.[953] *M.L. Müller* hat bereits im Jahr 1912 darauf hingewiesen, dass Rechtsnormen nicht den Eintritt des Erfolges, sondern bestimmte Verhaltensweisen verbieten könnten.[954] *M.L. Müller* überlegte, dass ein Verhalten nicht erst durch den Eintritt des Erfolges zu einem Verbotenen werden könne, weil ansonsten das den Erfolg herbeiführende Verhalten somit erst nachträglich verboten werden würde. Soll das Verhalten aber schon vor dem Erfolgseintritt verboten und zu unterlassen sein, so könne es nur deshalb verboten sein, weil es eine mögliche Ursache für einen Erfolgseintritt darstelle.[955] In ganz ähnlicher Weise argumentierte später auch *Frisch,* der darauf hinwies, dass das in der Verhaltensnorm zur Bestimmung des Verbotenen bemühte Kriterium derart sein müsse, dass es in jener Situation, in der durch das Verbot motiviert werden soll, überhaupt feststellbar sein müsse.[956]

224 Diese Überlegungen sind dezidiert *normentheoretischer Art,* d.h., sie begründen das Gefahrschaffungserfordernis noch nicht mit teleologischen Überlegungen, die Nutzen und Gefahren von Verhaltensweisen gegeneinander

952 *Roxin,* AT I^4, §11 N. 106 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 106 ff.).

953 Siehe dazu oben N. 86 ff.

954 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22.

955 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.

956 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76

abwägen,[957] sondern leiten die Notwendigkeit eines Gefahrschaffungserfordernisses aus dem Konzept der Verhaltensnormen selbst bzw. deren Funktionsweise ab.[958] Verhaltensnormen sind an die rechtsunterworfenen Personen adressierte Verhaltensanweisungen, die verbindlich zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen auffordern.[959] Sie sind prospektiv ausgerichtet und verfolgen eine präventive Zwecksetzung, indem sie darauf abzielen, durch die Verhaltensanweisungen die künftige Schädigung von Rechtsgütern zu verhindern.[960] Ebendiese Zwecksetzung können Verhaltensnormen nur dann erfüllen, indem sie die Normadressat:innen *vor* dem Eintritt einer unwertigen Folge zu normgemässem Verhalten motivieren.[961] Ist nämlich ein tatbestandsmässiger Erfolg bereits eingetreten, so hat die Verhaltensnorm ihren Zweck in diesem konkreten Fall verfehlt. In diesem Fall bleibt nur die retrospektive Aufarbeitung und Beurteilung des Geschehens anhand von Zurechnungsnormen.[962]

225 Aufgrund dieser Überlegungen können die den Straftatbeständen des besonderen Teils zugrundeliegenden Verhaltensnormen nicht erst die Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges verbieten.[963] Sie müssen vielmehr auf einen früheren Zeitpunkt zugeschnitten sein, in dem die Vermeidung des Erfolges überhaupt noch möglich ist. Damit sich nun aber die Normadressat:innen in dieser Situation von der Verhaltensnorm zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen motivieren lassen könnten, muss das gebotene oder verbotene Verhalten in ebendieser Situation bestimmbar sein.[964] Mit anderen Worten muss die Verhaltensnorm also Kriterien enthalten, an denen das Verhalten im relevanten Zeitpunkt ausgerichtet werden kann.

226 Nicht zielführend erschiene es, bereits jegliches Verhalten zu verbieten, das sich zur Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolges eignet, das sich also als mögliche Ursache eines tatbestandsmässigen Erfolges darstellt.[965]

---

957 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 55 und N. 65 ff.

958 Deutlich *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 59, 74 ff.; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 59 ff., 63; ferner *Wolter,* Objektive und Personale Zurechnung, 25 ff.; *Seher,* Zurechnung, 705; *Murmann,* GK, § 23 N. 29; zu den normtheoretischen Grundlagen der objektiven Zurechnung auch *Schladitz,* Normtheoretische Grundlagen, *passim.*

959 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 59, 74; *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450; *Seher,* Zurechnung, 693 ff.

960 *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450; *Seher,* Zurechnung, 600 und 695.

961 *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 47; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76.

962 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 600; *ders.,* FS Frisch, 219.

963 *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 25; *Armin Kaufmann,* Normentheorie, 105 ff.

964 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76.

965 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 24; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 81 f.; vgl. auch *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 72, wonach die Missbilligung jedweder Risiken als unerträgliche Einschränkung der Handlungsfreiheit erschiene.

Denn als mögliche natürlich Ursache eines tatbestandsmässigen Erfolges lässt sich praktisch jedes Verhalten denken: Das umständliche Suchen nach einem Rabattcoupon an der Supermarktkasse kann dazu führen, dass die dahinter anstehende Person, nachdem sie ihre Waren endlich bezahlen konnte, aus dem Laden hastet und von einem Lastwagen überfahren wird.[966] Dennoch erschiene es abwegig, in dem Hervorkramen eines Rabattcoupons ein missbilligtes Verhalten zu sehen, das gerade deswegen missbilligt ist, weil es möglicherweise den Tod eines Menschen mitverursachen könnte.[967] Das wäre, so *Frisch*, genauso abwegig wie die Postulierung einer Verhaltensrichtlinie, die besagt: «Setze keine Bedingungen für unwertige Folgen!»[968]

227 Nach *M.L. Müller* können von einer Verhaltensnorm deshalb nur diejenigen Verhaltensweisen verboten sein, deren Vornahme die Möglichkeit eines Erfolges der in der Norm bezeichneten Art erhöht.[969] Gegenstand einer einem Erfolgsdelikt zugrundeliegenden Verbotsnorm können demnach nur Verhaltensweisen sein, deren Vornahme die Situation des geschützten Rechtsgutes verschlechtert.[970] Nicht zu bestreiten ist, dass das Kriterium der Risikoerhöhung an sich stimmig erscheint: Wenn der Zweck der Verhaltensnorm die Vermeidung eines bestimmten Erfolgs ist, so muss die Norm gerade jene Verhaltensweisen verbieten, welche diesem Zweck zuwiderlaufen.[971]

228 Liesse man aber jede beliebige Risikoerhöhung genügen, so würden sich mit diesem Kriterium im Wesentlichen dieselben Schwierigkeiten stellen wie mit einem Kriterium, das auf die Eignung zur Erfolgsverursachung abstellt. Dass ein Verhalten das Risiko für das bedrohte Rechtsgut erhöht, bedeutet noch nicht, dass das Verbot dieses Verhaltens legitimiert wäre. Veranschaulichen lässt sich dies etwa an dem Beispiel bei *Roxin/Greco,* wonach das Ausschütten eines Wassertrogs in die «den Damm durchbrechenden Meeresfluten» nicht als Verursachen einer Überschwemmung (nach § 313 dStGB bzw. Art. 227 StGB) zugerechnet werden könnte.[972]

966 Mit anderen Beispielen *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82; so auch schon *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 24 f.

967 Mit anderem Beispiel *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 25.

968 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82

969 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 27.

970 Dies setzt in einem ganz allgemeinen Sinn auch *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 74 voraus, wenn er ganz am Anfang seiner «Prolegomena zum ‹tatbestandsmässigen Verhalten›» schreibt: «Das Kriterium, das die in den strafrechtlich interessierenden Verhaltensnormen verbotenen Verhaltensweisen charakterisiert, liegt in einem bestimmten *negativen Bezug zur Rechtsgüterwelt*.»

971 Vgl. *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 25 ff.

972 *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 55.

Nach *Frisch* ist das verbotene Verhalten vielmehr dadurch zu charakterisieren, dass es erfahrungsgemäss ein ernst zu nehmendes Risiko für das bedrohte Rechtsgut darstelle.[973] *Frisch* führt dazu aus, dass es sich aus der Sicht eines effizienten und legitimierbaren Rechtsgüterschutzes anbiete, gerade jene Verhaltensweisen zu untersagen, die in Richtung der zu schützenden Rechtsgüter in besonderem Masse riskant sind. Denn die Beschränkung von Freiheitsinteressen und Entfaltungsmöglichkeiten Dritter durch Verbote erscheine am ehesten dort legitimierbar, wo den einzuschränkenden Freiheiten und Entfaltungsspielräumen nicht nur theoretische Möglichkeiten oder subjektive Einbildungen, sondern handfeste Gefahren gegenüberstehen.[974] 229

Zusammenfassend geht die normtheoretische Begründung des Gefahrschaffungserfordernisses also dahin, dass das normwidrige Verhalten in der Situation, in der die Verhaltensnorm die Normadressat:in zu einem normgemässen Verhalten motivieren soll, objektiv feststellbar sein muss. Deshalb kann nicht alleine die Herbeiführung des erst nachträglich eintretenden Erfolges die Normwidrigkeit des Verhaltens begründen. Vielmehr muss die Norm bereits die Schaffung eines rechtlich relevanten oder missbilligten Risikos des Erfolgseintritts verbieten. Offen bleibt damit vorerst aber noch, anhand welcher Massstäbe das Risiko bemessen werden soll. Bevor diese Frage untersucht werden kann, ist zunächst eine Auseinandersetzung mit der massgeblichen Beurteilungsperspektive (2.) sowie den grundlegenden Einwänden gegen das Risikoschaffungserfordernis (3.) erforderlich. 230

2. Beurteilungsperspektive und Basis des Urteils

Wie bereits erwähnt, ist nach herrschender Auffassung bei der Beurteilung der missbilligten Gefahrschaffung die *ex ante*-Perspektive einzunehmen.[975] Es muss demnach grundsätzlich von den Umständen ausgegangen werden, die im Zeitpunkt der Tat erkennbar waren.[976] Normtheoretisch wird dies damit begründet, dass die Verhaltensnorm, insofern sie das Verhalten der Normadressat:innen steuern will, auf diejenige Situation ausgerichtet sein muss, in der sie zu einem bestimmten Verhalten (einem Tun oder Unterlassen) motivieren will. Dementsprechend müsse sie auf die Situation *ex ante* 231

973 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82; dazu bereits oben N. 166 ff.

974 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 83 f.

975 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 79; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 92; *Jakobs,* AT[2], 7/32; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 54; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 56 i.V.m. N. 40 f.; *Rudolphi,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 76 f.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 8 N. 22, 36; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 76 ff.; *ders.,* Internationale Dogmatik, 10; kritisch *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 6 ff..

976 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.

zugeschnitten sein.[977] Da unterschiedliche Personen aber mit unterschiedlichem Wissen und unterschiedlichen Erkenntnisfähigkeiten ausgestattet sind, ist es erforderlich, zu bestimmen, aus wessen Perspektive die Beurteilung vorgenommen werden soll beziehungsweise auf wessen Wissens- oder Erkenntnishorizont abgestellt werden muss.

a. Individualisierte *ex ante*-Beurteilung

232 Naheliegend erschiene zunächst, dass auf das Wissen und die Erkenntnisfähigkeiten der jeweils handelnden Person abgestellt wird.[978] Dieser Massstab wird nach der in der Schweiz herrschenden Lehre zur Bestimmung des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten angelegt.[979] In der deutschen Fahrlässigkeitsdogmatik wird dieser *ex ante*-Massstab hingegen nur von einer – immerhin wachsenden – Mindermeinung vertreten.[980] Von der (noch) herrschenden Meinung in Deutschland wird der individuelle Massstab beim Fahrlässigkeitsdelikt hingegen zugunsten eines objektivierten *ex ante*-Massstabes abgelehnt.[981] Begründet wird dies unter anderem damit, dass die individualisierende Auffassung einerseits zu einer Nivellierung von Unrecht und Schuld und andererseits zu einer Auflösung allgemeiner, «objektiver» Verhaltensrichtlinien führen würde.[982] Normbefehle müssten für sämtliche Rechtsunterworfenen, unabhängig von ihren individuellen Fähigkeiten,

977 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; NK5-*Puppe,* vor § 13 N. 154; Matt/Renzikowski-*Renzikowski,* vor § 13 N. 100; kritisch *Seher,* FS Frisch, 217 ff.

978 Siehe *Jakobs,* Studien, 68.

979 *Stratenwerth,* AT I4, § 16 N. 8; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I9, 345; BSK-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 99 ff.; *Seelmann/Geth*6, N. 467 (ebenso *Geth*7, N. 467); *Trechsel/Noll/Pieth,* AT7, 267.

980 *Jakobs,* Studien, 64 ff.; *ders.,* Teheran-Beiheft ZStW, 20 ff.; *ders.,* AT2, 9/5 ff. *Stratenwerth,* AT1, N. 1167; *ders.,* FS Jescheck, 285 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* § 15 N. 12 ff.; ferner *Castaldo,* GA 1993, 497 ff.; MK3-*Duttge,* § 15 N. 95 ff. (ebenso MK4-*Duttge,* § 15 N. 95 ff.); *Freund/Rostalski,* AT3, § 5 N. 35 ff.; *Frister,* AT8, 12/5 ff.; *Gropp,* AT4, § 12 N. 135; *Kindhäuser,* AT8, § 33 N. 49; *ders.,* GA 2007, 456 ff.; *Mitsch,* JuS 2001, 107 ff.; *Otto,* GK7, § 10 N. 13 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 233 ff.; *Rostalski,* GA 2016, 75 ff.; *Schmoller,* FS Kühl, 437 ff.; *ders.,* FS *Kindhäuser,* 441 ff.

981 Für einen objektivierten *ex ante* Massstab beim Fahrlässigkeitsdelikt: *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 54 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele12-*Eisele,* § 12 N. 25; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 655 ff.; *Hilgendorf/Valerius,* AT2, § 12 N. 22 f.; *Herzberg,* Jura 1984, 406 ff.; *Hirsch,* ZStW 94 (1982), 272 ff.; *Jescheck/Weigend,* AT5, 564 ff.; *Kaspar,* AT2, § 9 N. 22; ders., JuS 2012, 19 f.; *Armin Kaufmann,* FS Welzel, 404 ff.; *Lackner/Kühl*29, § 15 N. 37; *Krey/Esser,* AT6, N. 1345 ff.; *Kühl,* AT8, § 17 N. 14 ff.; *Rengier,* AT11, § 52 N. 13 ff.; *Roxin/Greco,* AT I5, § 57 ff.; LK11-*Schroeder,* § 16 N. 150 ff.; *Schünemann,* JA 1975, 114 ff.; ders., FS Schaffstein, 159 ff.; S/S30-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 133 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*49, N. 1115 m.w.N.; in diese Richtung auch *Murmann,* GK5, § 30 N. 8 und N. 12 ff.

982 *Schünemann,* FS Schaffstein, 165; *Roxin/Greco,* AT I5, § 24 N. 57 ff.

gleich sein, damit ihre Motivationswirkung und damit ihre präventive Wirksamkeit bewahrt bliebe.[983] Ob diese Argumentation in der deutschen Debatte über die richtige Bestimmung des Fahrlässigkeitsmassstabes stichhaltig ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.[984]

233 Mit Blick auf die objektive Zurechnung hat der individualisierte *ex ante*-Massstab bislang kaum Bedeutung erlangt.[985] Angesichts dessen, dass der individuelle Massstab bereits bei der Fahrlässigkeit umstritten ist, die – nach richtigem Verständnis[986] – das funktionale Gegenstück zum Vorsatz bildet,[987] erstaunt es kaum, dass dieser individualisierte Massstab bei der objektiven Zurechnung kaum Zuspruch findet.[988] Selbst *Jakobs,* der in Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit schreibt, eine objektive Voraussehbarkeit der Tatbestandsverwirklichung sei so überflüssig, wie es ein «objektiver Vorsatz» wäre,[989] spricht sich bei der objektiven Zurechnung mit der h.M. für einen objektivierten Massstab aus.[990]

b. Der objektivierte *ex ante*-Massstab der h.M.

234 Der vorherrschende objektivierte *ex ante*-Massstab[991] wird oftmals als «objektiv nachträgliche Prognose» bezeichnet,[992] was keineswegs unmissver-

983 *Schünemann,* FS Schaffstein, 163 ff.; *ders.,* JA 1975, 514; zur Notwendigkeit einer Standardisierung rechtlicher Verhaltensregeln vgl. *Hirsch,* ZStW 94 (1982), 270 f.; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 564, LK[11]-*Schroeder,* §16 N. 146; *Triffterer,* FS Bockelmann, 208 ff.; *Wolter,* GA 1977, 265 f.; mit überzeugenden Argumenten dagegen *Stratenwerth,* FS *Jescheck,* 286 ff.

984 Zur hier vertretenen Fahrlässigkeitskonzeption und deren Begründung unten N. 355 ff.

985 Siehe hierzu die Einschätzung bei Matt/Renzikowski-*Renzikowski,* vor §13 N. 105 und bei *Murmann,* GK[5], §23 N. 42 ff.

986 Siehe unten N. 355 ff.

987 *Schmoller,* FS Kindhäuser, 441 ff.; anders aber die h.M., siehe dazu *Jescheck/Weigend,* AT[5], 564 m.w.N.

988 Vgl. aber *Schünemann,* GA 1999, 216 f. mit Fn. 42; Matt/Renzikowski-*Renzikowski,* vor §13 N. 105.

989 *Jakobs,* AT[2], 9/13.

990 *Jakobs,* AT[2], 7/47 ff.; eingehend *ders.,* GS Armin Kaufmann, 271 ff.

991 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 79; S/S[30]-*ders.,* vor §13 N. 92; *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 202; *Jakobs,* AT[2], 7/32; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; *Rengier,* AT[11], §13 N. 54; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 56 i.V.m. N. 40 f.; *Rudolphi,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 76 f.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 22, 36; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 76 ff.; *ders.,* Internationale Dogmatik, 10; *Vogler,* AJP 2020, 741; kritisch *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 6 ff.

992 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 40 und N. 56; ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131 mit Fn. 503; *Greco,* ZStW 117 (2005), 519; *Jakobs,* AT[2], 7/32; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286; *Rengier,* AT[11], §13 N. 54.

ständlich ist.[993] Als «nachträglich» wird sie deshalb bezeichnet, weil das zu beurteilende Ereignis in der Vergangenheit liegt, wohingegen die «Prognose» darauf hindeuten soll, dass das Urteil «unter Zurückversetzung in den Augenblick der Tat abzugeben [sei], also unter Ausschaltung aller damals noch nicht erkennbarer, erst durch den späteren Kausalverlauf aufgedeckter Umstände».[994] Damit ist die «nachträgliche Prognose» aber gerade nicht streng objektiv, zumal gewisse im Zeitpunkt der Tat objektiv gegebene Umstände mangels Erkennbarkeit unberücksichtigt bleiben.[995] Vorzugswürdig erscheint es daher, von einem *objektivierten ex ante-Massstab* zu sprechen.

aa) Beurteilung anhand des Wissens einer hypothetischen Massfigur

235 Objektiviert ist dieser Massstab insofern, als es – anders als beim individualisierten ex ante-Massstab – gerade nicht auf das Wissen und die Erkenntnismöglichkeiten der handelnden Person ankommt, sondern ein überindividueller Massstab angelegt wird, dem der Wissens- und Erkenntnishorizont einer hypothetischen Massfigur zugrunde liegt. Als Massfigur wird dabei eine *besonnene und gewissenhafte Drittperson in der konkreten Lage und sozialen Rolle der handelnden Person* eingesetzt.[996] Die Massfigur ist dementsprechend mit dem Wissen auszustatten, das von einer durchschnittlichen Person in der sozialen Rolle, die die handelnde Person gerade ausübt, erwartet werden kann.[997] Nicht zu übersehen ist aber, dass die Bestimmung des Wissens- und Erkenntnishorizonts der Massfigur massgeblich davon abhängt, wie die sozialen Rollen oder Verkehrskreise definiert werden. Je weiter nämlich der Verkehrskreis gefasst ist, der der sozialen Rolle der beschuldigten Person entsprechen soll, desto weiter entfernen sich die Eigenschaften der Massfigur von denjenigen der tatsächlich handelnden Person.[998] So dürfte sich das Wissen, das von einer durchschnittlichen Ärzt:in verlangt werden kann, erheblich

993 Zur Ungenauigkeit der Bezeichnung auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131; *Jakobs,* AT², 7/32; *Roxin/Greco,* AT I⁵, §11 N. 40 mit Fn. 155; zur Entwicklung der Begrifflichkeit oben, N. 81 Fn. 342.

994 So schon *v. Hippel,* Verbrechen, 148.

995 *Struensee,* JZ 1987, 59 f.

996 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* §10 N. 70; *Murmann,* GK⁵, §23 N. 37; NK⁵-*Puppe,* vor §13 N. 157; *Roxin/Greco,* AT I⁵, §11 N. 57; *Rengier,* AT¹¹, §13 N. 54; ähnlich *Jescheck/Weigend,* AT⁵, 578; *Kühl,* AT⁸, §16 N. 25; eingehend zur Massfigur *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 54 ff.

997 *Murmann,* GK⁵, §23 N. 37; ferner *Kühl,* AT⁸, §17 N. 25 f. eingehend, *Jakobs,* GS Armin Kaufmann, 271 ff.; Sacher, Sonderwissen, *passim;* für eine besondere Berücksichtigung des Alters und Entwicklungsstandes bei Jugendlichen *Vogler,* AJP 2020, 740 ff., insb. 742 ff.

998 Dazu, *Kühl,* AT⁸, §17 N. 25 f.

von jenem Wissen unterscheiden, dass bei einer durchschnittlichen Herzchirurg:in vorausgesetzt werden kann. Deswegen besteht die Tendenz, die Verkehrskreise enger zu fassen, sodass sie auf die spezifische soziale Rolle des Handelnden zutreffen.[999]

bb) *Berücksichtigung von Sonderwissen*

236 Doch selbst bei einem engen Zuschnitt der sozialen Rolle auf die Situation der handelnden Person verbleibt die Möglichkeit, dass das Wissen der Massfigur hinter demjenigen der handelnden Person zurückbleibt. In der Literatur wird dies gerne anhand des Beispiels eines Biologiestudenten veranschaulicht, der nebenbei als Hilfskellner tätig ist und nur aufgrund seiner besonderen Biologiekenntnisse zu erkennen vermag, dass der von ihm servierte exotische Salat eine giftige Frucht enthält.[1000] Würde man hier nun auf das Wissen abstellen, das von einem durchschnittlichen Hilfskellner erwartet werden darf, so müsste man die Schaffung einer missbilligten Gefahr verneinen, weil die giftige Frucht von einer durchschnittlichen Person des hier massgeblichen Verkehrskreises nicht erkannt worden wäre.[1001]

237 Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, will die herrschende Auffassung trotz des grundsätzlich überindividuellen Massstabs auch bei der objektivierten *ex ante*-Perspektive das sog. *Sonderwissen* der handelnden Person berücksichtigen.[1002] Dies bedeutet, dass nur aber immerhin dann auf das individuelle Wissen der handelnden Person abgestellt werden soll, wenn dieses das Wissen der hypothetischen Massfigur übersteigt.[1003] Mit anderen Worten: «Es ist also nach ‹unten› zu generalisieren, nach ‹oben› zu individualisieren.»[1004]

cc) *Kritik und Gegenkritik*

238 Im teilweise notwendigen Zugriff auf das Sonderwissen der beschuldigten Person sehen Kritiker:innen der objektiven Zurechnung einen systemwidrigen

999 Vgl. *Kühl,* § 17 N. 26.

1000 *Jakobs,* GS-Armin Kaufmann, 273.

1001 In diese Richtung aber *Jakobs,* GS Armin Kaufmann, 272 ff., 286.

1002 *Murmann,* GK[5], § 23 N. 41; *ders,* FS Herzberg, 2008, 123, 125, 130 f.; ferner; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 579; *Kaspar,* JuS 2012, 20; *Köhler,* AT, 184; *Krey/Eser,* AT[6], N. 1349; *Kühl,* AT[8], § 17 N. 31 ff.; *Kuhlen,* Produkthaftung, 85; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 54; ferner *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 56 i.V.m. N. 40 sowie § 24 N. 57 ff.; *Schünemann,* FS Schaffstein, 165 f.; eingehend *Greco,* ZStW 117 (2005), 519; *Sacher,* Sonderwissen, *passim;* differenzierend: LK[12]-*Vogel,* § 15 N. 163 (ebenso LK[13]-*Vogel/Bülte,* § 15 N. 163); anders *Jakobs,* GS-Armin Kaufmann, 271 ff., 286.

1003 *Murmann,* GK[5], § 23 N. 39 ff., N. 42., *Kretschmer,* Jura 2000, 272; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 57.

1004 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 57.

Vorgriff auf den subjektiven Tatbestand.[1005] Kritisiert wird dabei insbesondere, dass die Berücksichtigung subjektiver Elemente im objektiven Tatbestand zu merkwürdigen Ergebnissen führen könne, weil ein und dasselbe Verhalten einmal als objektiv gefährlich und einmal als ungefährlich beurteilt werde, je nachdem, ob die handelnde Person über Sonderwissen verfüge oder nicht.[1006] Als Beispiel hierfür wird etwa der Fall genannt, in dem der erfahrene Kapitän eines Flugzeuges aufgrund seiner besonderen Kenntnisse beim Kontrollgang vor dem Abflug einen für den Copiloten nicht erkennbaren technischen Defekt bemerkt, der zum späteren Absturz des Passagierflugzeuges führt. Während nun der Kapitän durch den Start ein missbilligtes Risiko schaffe, sei dies beim Copilot nicht der Fall.[1007] Eng mit dieser Kritik gegenüber der Berücksichtigung des Sonderwissens sind auch Zweifel verbunden, ob eine wirklich objektive Beurteilung der missbilligten Gefahrschaffung überhaupt möglich sei: Da das Abstellen auf die *ex ante*-Sicht einer «objektiven» Massfigur zu unbilligen Ergebnissen führe, soweit das Wissen der Massfigur hinter jenes der beschuldigten Person zurückfalle, könnten die Gefahrschaffung und deren Missbilligung letztlich nur relativ zum Wissen der beschuldigten Person sinnvoll beurteilt werden.[1008]

1005 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260 f.; ferner *Haas,* SB Zurechnung, 209 ff.; ferner *Börgers,* Gefahrurteil, 74 ff., insb. 76 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 113 ff.; *Garcia,* FS Schünemann, 374; *Hirsch,* FS Köln, 404 ff.; *Kindhäuser,* FS Hruschka, 539; *ders.,* GA 2007, 461 ff.; *Lampe,* GS Armin Kaufmann, 196 f.; *Puppe,* FS Otto, 396; *Samson,* Strafrecht I[7], 16 f.; *Schild,* FS Jakobs, 613; *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 546; *K. Schumann,* Jura 2008, 414; *Seher,* Zurechnung, 484 ff.; *Serano González de Murillo,* FS Roxin 2011, 352 ff.; *Struensee,* GA 1987, 105 ;*ders.,* JZ 1987, 59 f.

1006 *Serano González de Murillo,* FS Roxin 2011, 352 ff.; *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 558, Fn. 78; referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 143 f.;

1007 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küpper, 558, Fn. 78; mit entsprechendem Beispiel referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 144. Ähnlich auch *Serrano González de Murillo,* FS Roxin 2011, 353 f., der als Beispiel eine Abwandlung des Erbonkelfalles verwendet, in dem zwei Neffen ihren Erbonkel zu einer Flugreise überreden, von denen aber nur einer um das Bestehen aussergewöhnlicher Risiken (etwa eine Bombe im Frachtraum des Flugzeugs) weiss.

1008 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260; ferner *Arzt,* GS Schlüchter, 163 ff.; *Bustos* Ramírez, GS Armin Kaufmann, 224; Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* §14 N. 100 (anders nunmehr Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 70); *Dencker,* Kausalität und Gesamttat, 43 Fn. 60; *Haas,* SB Zurechnung, 210; *Hirsch,* FS Köln, 405; *Kindhäuser,* GA 2007, 447 ff.; *ders.,* FS Hruschka, 528 ff.; *Koriath,* Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 535; *Küpper,* Grenzen, 92 Fn. 67; *Lampe,* GS Armin Kaufmann, 196 f.; *Puppe,* FS Otto, 396; *Samson,* Strafrecht I, 16 f.; *ders.,* ZStW 99 (1987), 633; *Struensee,* JZ 1987, 53 ff.; *ders.,* GA 1987, 97 ff.

239 Der Zugriff auf das subjektive Wissen der beschuldigten Person wird von den Vertreter:innen der Lehre der objektiven Zurechnung nicht bestritten.[1009] Aus der Perspektive seiner funktional-teleologischen Zurechnungslehre hält *Roxin* entgegen, dass das Sonderwissen der beschuldigten Person in das Urteil über die objektive Gefährlichkeit seiner Handlung eingehen müsse, weil der Rechtsgüterschutz nur durch das Verbot gefährlicher Handlung erreicht werden könne, sich das Verbot aber nur auf eine *ex ante*-Beurteilung stützen könne.[1010] Gemeint ist damit, dass eine für den Handelnden erkennbar objektiv gefährliche Handlung unabhängig davon verboten sein soll, ob die Handlung auch einem durchschnittlichen Dritten in der Lage des der beschuldigten Person als gefährlich erschiene.[1011] *Greco* begründete die Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sonderwissen in seiner umfassenden Verteidigungsschrift damit, dass es zwar für eine kategoriale klassifikatorische Systematik nicht zur Disposition der Dogmatik stehe, was objektiv und was subjektiv sei. Für ein teleologisches oder funktionales System hänge die Einordnung in den objektiven oder subjektiven Tatbestand aber von der Funktion der Begriffe ab, also davon, was sie im System leisten müssten.[1012] Die kriminalpolitische Funktion des objektiven Tatbestandes sei «die Bestimmung der äusseren Grenzen des Erlaubten und Verbotenen», weshalb subjektives Sonderwissen insoweit bereits im objektiven Tatbestand relevant sei, als es sich zur Bestimmung dieser Grenze als notwendig erweise.[1013] Das Argument für die Berücksichtigung des Sonderwissens geht also dahin, dass sich das subjektive Sonderwissen der beschuldigten Person auf tatsächlich vorliegende objektive Umstände bezieht.[1014]

1009 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 57 und §24 N. 53 ff.; *ders.,* GS Armin Kaufmann, 250; *ders.,* FS Maiwald, 727; eingehend *Greco,* ZStW 117 (2005), 519 ff.; *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; *ders.,* FS Roxin, 230 f.; *ders.,* GA 2003, 732 f.; *ders.,* SB Strafrechtssystem,172 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 278 ff.; *Sacher,* Sonderwissen, 261; *Schünemann,* GA 1999, 217; *Wolter,* Internationale Dogmatik, 23 (kritisch zur Berücksichtigung des Sonderwissen noch *ders.,* GA 1977, 269 f.

1010 *Roxin,* AT I^4, §11 N. 57 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 57); *Greco,* ZStW 117 (2005), 548.

1011 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 57.

1012 *Greco,* ZStW 117 (2005), 534; kritisch, *Seher,* Zurechnung, 484 f.

1013 *Greco,* ZStW 117 (2005), 553; zustimmend *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 57 mit der unglücklichen Aussage, der objektive Tatbestand heisse «nicht bereits deshalb objektiv, weil die Zurechnung zu ihm auf ausschliesslich objektiven Fakten basiert, sondern weil das Zurechnungsergebnis, das Vorliegen einer Tötungs- und Verletzungshandlung usw., etwas Objektives» sei; kritisch, *Seher,* Zurechnung, 484 f.

1014 Vgl. dazu auch *Greco,* ZStW 117 (2005), 534; *Frisch,* FS Roxin, 230; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 278 ff.

240 Einen anderen Weg schlägt *Frisch* ein: Anstatt mit *Roxin* und *Greco* unter Verweis auf die funktionale, teleologische Systembildung darüber disponieren zu wollen, was objektiv und was subjektiv ist, will *Frisch* auf die strikte Trennung zwischen Objektivem und Subjektivem verzichten.[1015] Die strikte Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand, wie sie im finalistischen System aufrechterhalten wird, hält er für höchst zweifelhaft und in einem als Unrechtstypus verstandenen Tatbestand für nicht geeignet.[1016] Stattdessen will er alle zur Kategorie des Handlungsunwerts gehörenden Elemente gemeinsam prüfen.[1017]

dd) Fazit

241 Der von der herrschenden Meinung vertretene objektivierte *ex ante*-Massstab zur Beurteilung der Schaffung einer missbilligten Gefahr ist nicht wirklich objektiv, weil er im Zeitpunkt der Tat objektiv gegebene Umstände ausblendet.[1018] Die Vertreter:innen der Lehre der objektiven Zurechnung streiten dies auch gar nicht ab, sondern wenden lediglich ein, dass dies systematisch nicht weiter bedenklich sei. Ob dies allerdings zutrifft, sei an dieser Stelle dahingestellt.[1019]

c. Unmöglichkeit einer tatsächlich objektiven Beurteilung?

242 Offen bleibt damit die von den Kritiker:innen der objektiven Zurechnung aufgeworfene Frage, ob eine objektive Beurteilung der Schaffung einer missbilligten Gefahr überhaupt möglich und sinnvoll sei. Klar ist soweit nur, dass eine tatsächlich objektive Beurteilung bei Zugrundelegung einer *ex ante*-Perspektive, sei sie nun individualisiert oder objektiviert, nicht möglich ist.[1020] Sobald nämlich objektiv vorliegende Umstände ausgeblendet werden, die im

1015 So *Frisch,* FS Roxin, 231. Zumindest auf den ersten Blick ähnlich *Seher,* Zurechnung, 723 f., der die strikte Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand ebenfalls fallen lassen will. Im Gegensatz zu *Frisch* lehnt es *Seher* aber ab, die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos anhand eines *ex ante*-Massstabes zu beurteilen, und stimmt insoweit der Kritik am vorherrschenden Beurteilungsmassstab zu (*ders.,* FS Frisch, 217 ff.). Hinsichtlich der Beurteilung des rechtlich relevanten Risikos hält er vielmehr fest, dass diese objektiv sein müsse, woran deutlich wird, dass *Seher* zwar die Trennung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand aufgeben will, nicht aber die Unterscheidung von objektiven und subjektiven Unrechtsmerkmalen.

1016 *Frisch,* FS Roxin, 231; *ders.,* tatbestandsmässiges Verhalten, 27 mit Fn. 104.

1017 *Frisch,* FS Roxin, 231; siehe hierzu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 276 ff.

1018 So auch *Struensee,* JZ 1987, 59 f.; vgl. ferner *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.

1019 Siehe oben N. 239 f.

1020 Zur Kritik siehe oben N. 238.

Zeitpunkt der Tat nicht erkennbar waren, so ist die Beurteilung offensichtlich nicht mehr wirklich objektiv.[1021] Eine tatsächliche objektive Beurteilung ist daher nur unter Berücksichtigung aller *ex post* bekannten Umstände möglich.[1022] Es müssten also auch Umstände berücksichtigt werden, die erst nachträglich bekannt geworden sind.

243 Fraglich ist aber, ob die Schaffung einer missbilligten Gefahr bei Zugrundelegung einer *ex post*-Beurteilung überhaupt je zu verneinen wäre. Kritiker:innen der Lehre der objektiven Zurechnung weisen nämlich daraufhin, dass sich das Erfordernis der Gefahrschaffung bei einer *ex post*-Betrachtung des Geschehens nicht als rechtlich-normatives Kriterium, sondern lediglich als faktische Voraussetzung der Erfolgsverursachung herausstelle.[1023] Da risikolose Erfolgsherbeiführung schlechthin unmöglich sei, liege bei einer *ex post*-Betrachtung immer eine Risikoschaffung vor.[1024] Diese Kritik beruht aber auf der Annahme, dass stets der Zeitpunkt des Erfolgseintrittes die Basis des Urteils bilden müsse.[1025]

244 Dies ist jedoch keineswegs zwingend. Abweichend davon könnte auch der Zeitpunkt der Tatausführung als Basis des Urteils gewählt werden, womit sich die *ex post*-Beurteilung auf alle zu diesem Zeitpunkt objektiv gegebenen Umstände zu beziehen hätte, nicht aber auf solche, die erst nachträglich eingetreten sind.[1026] Eine solche Beurteilung wäre objektiv, weil sie unabhängig der Erkennbarkeit alle zum Zeitpunkt der Tat gegebenen Umstände berücksichtigt, also auch solche, die erst nachträglich bekannt geworden sind. Dass hingegen nachträglich eingetretene Umstände unberücksichtigt bleiben, tut der Objektivität der Beurteilung keinen Abbruch. Eine objektive Beurteilung des Kriteriums der missbilligten Gefahrschaffung ist somit durchaus möglich. Ein solcher Massstab wird aber nur selten

1021 *Struensee,* JZ 1987, 59 f.

1022 *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117 und 133; *Frister,* AT[8], 10/36.

1023 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549; eingehend *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 487 ff., der dies am Beispiel veranschaulicht, in dem jemand an einem heissen Sommertag in einem See badet und dabei von einem eiskalten Strudel erfasst wird und einen Herzschlag erleidet. In einem solchen Fall lasse sich kaum sagen, dass dem Erfolg kein Risiko vorausgegangen sei, weil Baden im Allgemeinen eine risikolose Betätigung sei, da die Ungefährlichkeit im konkreten Fall durch den Eintritt des Erfolges gerade widerlegt werde.

1024 *Kindhäuser,* GA 2007, 464; *ders.,* ZStW 120 (2008), 489 f.; ferner *Haas,* Grundsatzkritik, 209 ff.; *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549.

1025 So *Haas,* SB Zurechnung, 209 ff.; implizit vorausgesetzt bei *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549.

1026 So *Frister,* AT[8], 10/35 ff.; ferner *Börgers,* Gefahrurteil, 56 ff., 85 ff.

vertreten.[1027] Ein Grund dafür könnte darin zu sehen sein, dass er im Vergleich zum vorherrschenden Massstab nur selten zu einem Ausschluss der Zurechnung mangels Schaffung einer missbilligten Gefahr führen würde.[1028]

d. Würdigung

245 Eine objektive Beurteilung der Schaffung einer missbilligten Gefahr wäre durchaus möglich. Dazu müsste von einer *ex post*-Perspektive ausgegangen werden, die sämtliche im Zeitpunkt der Ausführung objektiv gegebenen Umstände berücksichtigt, nicht aber diejenigen Umstände, die erst nachträglich eintreten.[1029]

246 Ausgehend von dieser Perspektive löst sich das sog. «Problem des Sonderwissens» in Luft auf, da die im Tatzeitpunkt objektiv gegebenen Umstände unabhängig davon berücksichtigt werden, ob sie der handelnden Person oder aber einer vernünftigen und besonnenen Massfigur in der Situation der handelnden Person bekannt sein konnten. Ebendies mag aus normtheoretischen Überlegungen als Mangel erscheinen, zumal Verhaltensnormen, wenn sie eine verhaltenslenkende Funktion ausüben wollen, gerade auf diejenige Situation zugeschnitten sein müssen, in denen sie die Normadressat:in zu einem bestimmten Verhalten motivieren wollen.[1030] Zu beachten ist aber, dass daraus, dass Verhaltensnormen in ihrer Steuerungsfunktion auf die Situation *ex ante* zugeschnitten sind, nicht zwingend folgen muss, dass diese Perspektive bei der nachträglichen Beurteilung eines Verhaltens bereits bei der Prüfung der objektiven Normwidrigkeit des Verhaltens zugrunde zu legen ist.[1031]

247 Genau genommen ist es nämlich auch nicht die Aufgabe objektiver Tatbestandsmerkmale, die Anforderungen an die subjektive Beziehung zwischen der Normadressat:in und der Verhaltensnorm zu beurteilen. Diese Aufgabe kommt vielmehr den subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu.[1032] Entgegen der herrschenden Meinung[1033] ist indes eine strikte Trennung zwi-

1027 *Börgers,* Gefahrurteil, 56 ff., 85 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117, 133; *Frister,* AT[8], 10/35 ff.; möglicherweise auch *Seher,* Zurechnung, 484 ff.; *ders.,* FS Frisch, 217 ff.; in diese Richtung bereits *ders.,* Jura 2001, 817.

1028 So auch *Frister,* AT[8], 10/38.

1029 Börgers, Gefahrurteil, 57 ff.

1030 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 154; Matt/Renzikowski-*Renzikowski,* vor § 13 N. 100

1031 *Seher,* FS Frisch, 219 f.; *ders.,* Zurechnung, 696 f.; vgl. auch *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 450 f. und *Börgers,* Gefahrurteil, 114.

1032 *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.; Frister, AT[8], 10/37; *Seher,* Zurechnung, 723 f.

1033 Siehe dazu die umfassenden Nachweise bei *Jean-Richard,* FS Donatsch, 84 Fn. 3.

schen objektivem und subjektivem Tatbestand keineswegs zwingend.[1034] Denkbar wäre auch, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale stets gleich im Anschluss an die objektiven Merkmale geprüft werden, auf die sie sich beziehen.[1035] Angesichts dessen, dass Jean-Richard jüngst beklagt hat, dass die herkömmliche Methodik aufgrund der Selbstverständlichkeit der auf die einzelnen objektiven Tatbestandsmerkmale bezogenen subjektiven Tatseite in der Rechtspflege zu einer gewissen Nachlässigkeit führen könne,[1036] wäre eine entsprechende Anpassung des Straftatsystems auch aus praktischer Sicht nicht von vornherein abzuweisen.

3. Grundlegende Einwände gegen die Existenzberechtigung des Kriteriums der missbilligten Gefahrschaffung

248 Im Zusammenhang mit der Darstellung der Bewertungsmassstäbe wurde bereits erwähnt, dass einige Kritiker:innen der Lehre der objektiven Zurechnung an der Sinnhaftigkeit des Gefahrschaffungskriteriums zweifeln, weil sie davon ausgehen, dass die Gefahrschaffung lediglich eine faktische Voraussetzung der Erfolgsverursachung sei.[1037] Die Kritik geht dahin, dass eine risikolose Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolges schlechthin unmöglich sei, weshalb das Gefahrschaffungserfordernis bei einer wirklich objektiven Beurteilung stets zu bejahen wäre und es somit keine selbstständige dogmatische Funktion erfülle.[1038] Damit verbunden ist auch der durchaus zutreffende Vorwurf, dass die Lehre der objektiven Zurechnung, wenn sie die Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr auf der Grundlage des objektivierten *ex ante*-Massstabes verneine, auf die subjektive Tatseite vorgreife, weil der Grund für die Verneinung der Gefahrschaffung stets in der fehlenden Erkennbarkeit der Gefahrschaffung zu sehen sei. Die Kritiker:innen meinen daher, auf das Erfordernis der Gefahrschaffung gänzlich verzichten zu können und schlagen daher vor, sämtliche Probleme, die von der Lehre der objektiven Zurechnung unter

---

1034 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 27 Fn. 104; *Seher,* Zurechnung, 724 sowie 731 f.; in diese Richtung wohl auch *Jean-Richard,* FS Donatsch, 102 ff.

1035 Ebendies setzt freilich voraus, dass gleichwohl sauber zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen unterschieden wird. *Seher,* Zurechnung, 723 f.

1036 *Jean-Richard,* FS Donatsch, 101 f.

1037 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549; ähnlich *Hirsch,* FS Köln, 404 f.; *Struensee,* JZ 1987, 58; *ders.,* GA 1987, 101. siehe auch *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 489 f.; *ders.,* GA 2007, 464.

1038 *Kindhäuser,* GA 2007, 464 ff.; *ders.,* ZStW 120 (2008), 490; ebenso *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549 f.; ähnlich auch *Haas,* SB Zurechnung, 209 ff.

dem Gesichtspunkt der Schaffung einer missbilligten Gefahr diskutiert werden, über die subjektive Tatseite zu lösen.[1039]

249 Nachfolgend ist daher zunächst zu untersuchen, ob jedes Verhalten, das kausal einen Erfolg herbeiführt, rein objektiv betrachtet zwingend auch als rechtlich relevante Gefahrschaffung anzusehen ist (a.). In einem zweiten Schritt ist sodann zu klären, ob und inwieweit die unter dem Gesichtspunkt der Gefahrschaffung diskutierten Fälle über die subjektive Tatseite gelöst werden können und sollten (b.)

a. Ist das Setzen einer Ursache immer auch eine rechtlich missbilligte Risikoschaffung?

250 Am ausführlichsten dargelegt wurde die Meinung, dass jedes Setzen einer Ursache immer auch eine Risikoschaffung sei und eine risikolose Erfolgsherbeiführung somit schlechthin unmöglich sei, bislang von *Kindhäuser*.[1040] Er bestimmt die Kausalität nicht anhand der Äquivalenztheorie und deren *conditio sine qua non*-Formel, sondern anhand einer Variante von der Formel von der gesetzmässigen Bedingung.[1041] Als kausal für eine bestimmte Veränderung sind nach *Kindhäuser* demnach alle Umstände anzusehen, die notwendigerweise berücksichtigt werden müssen, um die Veränderung nach empirischen Gesetzen gültig zu erklären. Umstände, die aus der kausalen Erklärung eliminiert werden könnten, ohne dass diese ihre Gültigkeit verliere, seien hingegen keine Ursachen.[1042] *Kindhäuser* weist dabei darauf hin, dass es praktisch undurchführbar sei, jede einzelne Ursache eines bestimmten Ereignisses als solche auszuweisen. Für das Strafrecht sei dies aber ohne Belang, weil sich die strafrechtliche Kausalitätsfeststellung nur mit der Relation zwischen einem Verhalten und einem Erfolg befasse.[1043] Was damit gemeint ist, illustriert er anhand des Beispiel dass die Person A eine von Picasso bemalte Vase zu Boden wirft. Zwar hätten hier A und Picasso gleichermassen dazu beigetragen, dass

---

1039 *Kindhäuser,* GA 2007, 464 ff.; *ders.,* ZStW 120 (2008), 489 f.; ferner *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 548 ff., die das Risikoschaffungserfordernis aber nicht nur wegen der auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes bestehenden Lösungsmöglichkeiten für überflüssig halten, sondern einige Fallkonstellationen bereits über die auf dem Prinzip der Selbstverantwortung beruhende Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen lösen wollen. In diesem Zusammenhang verweisen sie aber auf S/S[26]-*Lenckner/Eisele,* vor § 13 N. 92 und N. 100, nach denen das Verantwortlichkeitsprinzip dazu führen soll, dass bereits die Schaffung eines missbilligten Risikos zu verneinen sei – ¯_(°°)_/¯.

1040 Insbesondere *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 481 ff.; ferner *ders.,* GA 2007, 464 ff.

1041 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 484 ff.; *ders.,* GA 2007, 464; in diese Richtung auch *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 548.

1042 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 485.

1043 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 484.

auf dem Boden Scherben einer bemalten Vase liegen. Doch bei dem zu erklärenden Erfolg gehe es alleine um die Veränderung der Vase von einem Zustand, in dem sie unbeschädigt war, zu einem Zustand, in dem sie zerbrochen sei. Zur kausalen Erklärung des so umschriebenen Erfolges trage der Umstand, dass die Vase von Picasso bemalt worden sei, jedoch nichts bei.[1044]

251 In der Annahme, dass das strafrechtliche Erkenntnisinteresse am kausalen Geschehen normativ auf die Frage einzugrenzen sei, «ob es zu einer bestimmten Veränderung eine durch Verhaltensnormen steuerbare Alternative gegeben» habe,[1045] liegt aber bereits ein erster Fehler in *Kindhäusers* Argumentation. Ob eine Verhaltensnorm in einer bestimmten Situation ein Verhalten verbietet, kann – wie *M.L. Müller* schon vor über hundert Jahren dargelegt hat – nicht davon abhängen, ob dieses Verhalten nachträglich einen Erfolg herbeiführt.[1046] Die Verhaltensnorm muss ein Verhalten bereits in der Situation verbieten, in der der Erfolg noch aussteht, da sie die Normadressat:in ansonsten – also nachträglich – nicht mehr zur Vermeidung des Erfolges motivieren kann.[1047] Das von der Verhaltensnorm verbotene Verhalten muss daher notwendig anhand der im relevanten Zeitpunkt gegebenen Umstände bestimmt werden können, wozu der Eintritt des Erfolges offensichtlich nicht gehört. Für das Verbot eines Verhaltens kann es nicht ausreichen, dass dieses mit der blossen Möglichkeit einer Erfolgsverursachung verbunden ist, da ansonsten jegliches Verhalten verboten sein müsste.[1048] Will man das von der Verhaltensnorm verbotene Verhalten objektiv bestimmten,[1049] so wird man darauf abstellen müssen, ob das fragliche Verhalten im Zeitpunkt der Vornahme als nicht mehr tolerierbare Gefahr im Hinblick auf die Herbeiführung

1044 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 485.

1045 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 484.

1046 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.; in diese Richtung auch *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76 ff.; *Hruschka,* Strafrecht², 403 f.; anders aber offenbar *Kindhäuser,* GA 2007, 464, der meint, dass die «Komplettierung eines Bedingungskomplexes, der den Erfolg kausal erklärt», stets unerlaubt sei, sofern kein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreife. Ablehnend auch *ders.,* FS Hruschka, 530.

1047 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 f.; ebenso *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76 ff.; *Hruschka,* Strafrecht², 404.

1048 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76 ff., 82.

1049 So *Kindhäuser,* Gefährdung, 148; siehe auch *ders.,* JRE 2 (1994), 341: «Nun sagen die strafrechtlichen Verhaltensnormen lediglich, welche Eigenschaften ein Verhalten aufweisen oder nicht aufweisen soll. Die Verhaltensnormen sagen aber nicht, in welchem Maße ihr Adressat an sie gebunden ist, das heißt, in welchem Maße er sein Können für normgemäßes Verhalten einsetzen muß. Dem Tötungsverbot etwa ist nicht zu entnehmen, was der Täter intellektuell, physisch und psychisch können muß, um den Tod eines Menschen zu vermeiden oder zu verhindern.» Kritisch zu *Kindhäusers* Verständnis der Norm- und Pflichtwidrigkeit *Renzikowski,* Restriktiver Täterbegriff, 255 ff.

eines tatbestandsmässigen Erfolges anzusehen war.[1050] Eine normative Eingrenzung des Erkenntnisinteresses am kausalen Geschehen auf die Relation zwischen Verhaltensweisen, die von der Verhaltensnorm hätten vermieden werden sollen, und dem Erfolg ist daher nur dann sinnvoll, wenn das von der Verhaltensnorm objektiv verbotene Verhalten in der Schaffung einer nicht mehr tolerierbaren Gefahr gesehen wird.[1051]

252 Wollte man mit *Kindhäuser* hingegen davon ausgehen, dass die Verhaltensnorm objektiv das Herbeiführen eines Erfolges verbiete,[1052] so würde die normative Eingrenzung des Erkenntnisinteresses am kausalen Geschehen bedingen, dass die Kausalität eines Verhaltens für den Erfolgseintritt bereits festgestellt wurde. Diesen Zirkelschluss scheint *Kindhäuser* aber dadurch zu vermeiden, indem er bei der normativen Eingrenzung des Erkenntnisinteresses die subjektive Finalität der Normadressat:in berücksichtigt.[1053] Er fragt bei dieser normativen Eingrenzung also nicht danach, ob ein Verhalten objektiv verhaltensnormwidrig war, sondern danach, ob jemand gegen eine sich aus der Verhaltensnorm ergebende und unter Berücksichtigung der subjektiven Finalität zu bestimmende Pflicht verstossen hat.[1054] Indem er aber bereits bei der Kausalität zur Bestimmung des strafrechtlich relevanten Geschehensabschnittes auf die subjektive Seite vorgreift, begeht er letztlich denselben Fehler, den er der Lehre der objektiven Zurechnung vorwirft.[1055] Die offengelegten Unstimmigkeiten bei *Kindhäusers* normativer Eingrenzung des Erkenntnisinteresses am kausalen Geschehen widerlegen aber für sich genommen noch nicht die Annahme, dass jedes Setzen einer Ursache zugleich eine missbilligte Risikoschaffung sein müsse.[1056] Es gilt daher *Kindhäusers* Risikobegriff näher zu beleuchten.

1050 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 70 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 201 ff.

1051 Eine so verstandene Eingrenzung des «Erkenntnisinteresses am kausalen Geschehen» wird gewissermassen automatisch vorgenommen, wenn die Schaffung eines missbilligten Risikos als Frage des tatbestandsmässigen Verhaltens im Deliktsaufbau vor der Kausalität geprüft wird. In diese Richtung geht etwa *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 70 ff. und 524 ff.

1052 *Kindhäuser,* GA 2007, 464;

1053 *Kindhäuser,* FS Hruschka, 530.

1054 Vgl. *Kindhäuser* ZStW 120 (2008), 484; *ders.,* FS Hruschka, 530.

1055 *Kindhäuser,* GA 2007, 464; *ders.,* AT^{8}, § 11 N. 9.

1056 Insoweit die Kausalitätsfeststellung dadurch auf die Relation zwischen Verhaltensweisen, die als naheliegende Ursache des Erfolgseintritts erscheinen, und dem tatsächlich eingetretenen Erfolg beschränkt wird, dürfte die normative Eingrenzung des Erkenntnisinteresses am kausalen Geschehen zu gewissen Verzerrungen führen: Als naheliegende Ursachen dürften nämlich regelmässig Verhaltensweisen identifiziert werden, denen bereits im Moment der Ausführung eine qualifizierte Tendenz zur Herbeiführung des Erfolges inhärent war.

Unter einem Risiko versteht *Kindhäuser* eine Situation, in welcher der Eintritt eines Erfolges nach Massgabe einschlägiger deterministischer Gesetze zumindest mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei. Daher könne jeder Umstand oder jede Bedingung, die einen Erfolgseintritt als wahrscheinlicher erscheinen lasse, bei der Risikoprognose als Risikofaktor bezeichnet werden. Keine Risikofaktoren seien hingegen Umstände, die für die Prognose irrelevant seien.[1057] Indem *Kindhäuser* den Risikofaktor als potenzielle Ursache begreift, muss für ihn jeder Umstand, der sich in der retrospektiven Kausalanalyse als Ursache einer Veränderung erweist, weil er für die Gültigkeit ihrer naturgesetzlichen Erklärung notwendig ist, hinsichtlich ebendieser Veränderung auch als Risikofaktor anzusehen sein.[1058] Gleichzeitig weist er aber darauf hin, dass dies nicht umgekehrt gelte: Nicht jeder Risikofaktor erweise sich *ex post* auch als Ursache.[1059] 253

Kindhäuser betont weiter, dass von der «Eigenschaft eines Umstands, als Risikofaktor in einer Erfolgsprognose Berücksichtigung zu finden», die Erkennbarkeit dieses Umstandes als Risiko zu unterscheiden sei.[1060] Bedingungen, deren kausale Relevanz erst *ex post* bei der Kausalanalyse identifiziert werden, seien daher auch dann Risikofaktoren, wenn sie *ex ante* nicht als solche erkennbar gewesen seien.[1061] Bemerkenswert ist dabei, dass *Kindhäuser* die Feststellung, ob ein Umstand objektiv ein Risikofaktor oder eine Ursache sei, offenbar unabhängig von der im Zeitpunkt der Beurteilung zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten treffen will: 254

> «Insoweit kann ohne weiteres gesagt werden, dass das Risiko, sich unter bestimmten Bedingungen mit einer Krankheit zu infizieren, objektiv unabhängig davon besteht, ob diese Bedingungen nach dem Stand der medizinischen Forschung als Ursachen oder damit zugleich als Risikofaktoren angesehen werden oder nicht.»[1062]

1057 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488; ähnlich *ders.,* GA 2007, 465

1058 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488 mit Fn. 19.

1059 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488 mit dem Hinweis, dass die Risikoprognose trotz des Ausbleibens der Erfolgsherbeiführung richtig bleibe, weil diese nicht als sicher, sondern nur als wahrscheinlich prognostiziert worden sei.

1060 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488 f.; *ders.,* AT^{8}, § 7 N. 11, je mit Hinweis auf *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 103 ff.

1061 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488 f. *ders.,* AT^{8}, § 11 N. 7 ff.; vgl. *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549.

1062 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 489; ähnlich auch *ders.,* AT^{8}, § 11 N. 7 f.: «[D]ie glimmende Zigarette [war] unabhängig davon eine Ursache des Brandes, ob bei den späteren Ermittlungen *ex post* eine exakte Rekonstruktion des Geschehens gelingt oder nicht. Und gleichermassen war das Wegwerfen der Zigarette unabhängig davon ein objektiver Risikofaktor für den Ausbruch des Brandes, wie der Täter selbst oder ein Dritter die Situation *ex ante* einschätzte.»

255 Daran ist zwar richtig, dass gewisse objektiv gegebenen Umstände oder Zusammenhänge nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht nachgewiesen werden können und dies an sich nichts daran ändert, dass sie objektiv gegeben sind. Nur: Dies kann für die strafrechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes keine Rolle spielen. Was jenseits der zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Erkenntnismöglichkeiten liegt und somit nicht wissenschaftlich als objektiv gegeben nachgewiesen werden kann, darf von der urteilenden Person nicht – und erst recht nicht zulasten der beschuldigten Person – als objektiv gegeben vorausgesetzt werden.[1063] Erkenntnistheoretische Probleme hinsichtlich der Frage, was von der beurteilenden Person als objektiv gegebene Tatsache angesehen werden darf, sind klar von der Fragestellung zu trennen, ob die beschuldigte Person die objektiv gegebenen Tatsachen erkennen konnte.[1064] Indem *Kindhäuser* aber meint, das objektiv Gegebene unabhängig davon bestimmen zu können, ob es auch wissenschaftlich nachweisbar ist und dies als Beispiel für die Unterscheidung zwischen Risikofaktoren und deren Erkennbarkeit nennt,[1065] vermischt er unnötigerweise zwei Fragestellungen, ohne ersichtlichen Mehrwert für seine Argumentation.

256 Im Zusammenhang mit der Darstellung des vorherrschenden, objektivierten *ex ante*-Beurteilungsmassstabes wurde bereits festgestellt, dass dieser in der Tat nicht objektiv ist, indem er Umstände unberücksichtigt lässt, die im Zeitpunkt der Ausführung bereits gegeben waren, sofern diese weder für die Massfigur noch für die beschuldigte Person, in der Handlungssituation erkennbar waren.[1066] Insoweit ein Verhalten durchaus riskant war, das Risiko aber auf Umständen beruht, die in der vorherrschenden *ex ante*-Beurteilung ausgeblendet werden, so trifft die Kritik, dass die fehlende Erkennbarkeit des Risikos ausschlaggebend für die Verneinung der missbilligten Risikoschaffung sei, durchaus zu.[1067] Entgegen *Kindhäuser* bedeutet dies aber nicht, dass dem Kriterium der Schaffung eines missbilligten Risikos keine eigenständige dogmatische Funktion zukommt.[1068]

1063 Dies ergibt sich bereits aus Art. 139 Abs. 1 StPO. Siehe dazu auch BSK StPO-*Gless,* Art. 139 N. 10: «Nur wenn die Strafverfolgungsorgane ihrer Amtsermittlungspflicht genügen, dürfen sie einen Sachverhalt als erwiesen ansehen und in freier Beweiswürdigung (Art. 10 Abs. 2) darauf eine Rechtsentscheidung gründen.»

1064 Ersteres betrifft die Bestimmung des objektiven Tatbestandes, Letzteres die Bestimmung des subjektiven Tatbestandes.

1065 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 488 f. *ders.,* AT^{8}, § 11 N. 7 ff.

1066 *Struensee,* JZ 1987, 59 f.; dazu bereits oben N. 238 und N.241.

1067 Zur Kritik *Kindhäuser,* AT^{8}, § 11 N. 7 ff.; *ders.,* ZStW 120 (2008), 488 f.

1068 *Kindhäuser,* GA 2007, 464 ff.

Das Kriterium der missbilligten Risikoschaffung kann nämlich mit dem von einer Mindermeinung vertretenen Massstab auch objektiv beurteilt werden, indem alle *ex post* ermittelbaren Umständen berücksichtigt werden, die im Zeitpunkt der Ausführung gegeben waren.[1069] Weil die im Zeitpunkt der Ausführung gegebenen Umstände unabhängig davon berücksichtigt werden, ob sie *ex ante* für die vernünftige und besonnene Massfigur oder die beschuldigte Person erkennbar waren, ist der Einwand, dass die Verneinung der missbilligten Risikoschaffung auf der fehlenden Erkennbarkeit von Risikofaktoren beruhe, hier nicht gerechtfertigt. 257

Ausgehend von der Annahme, dass jedes Setzen einer Ursache stets zugleich eine Gefahrschaffung oder -erhöhung im Hinblick auf den konkret eingetretenen Erfolg darstelle,[1070] könnte aber bezweifelt werden, dass das Kriterium der missbilligten Gefahrschaffung bei einer objektiven Beurteilung überhaupt je zu verneinen wäre. Ist eine risikolose Erfolgsherbeiführung schlechthin unmöglich, müsste ein Verhalten, dass als Ursache eines Erfolges identifiziert wurde, bei objektiver Beurteilung der Gefahrschaffung immer auch als Gefahrschaffung oder -erhöhung anzusehen sein.[1071] Eine solche Argumentation würde aber übersehen, dass es beim Erfordernis der missbilligten Gefahrschaffung nicht allein um das Vorliegen irgendeines Risikos geht, sondern auch um dessen Bewertung als rechtlich relevant oder rechtlich missbilligt.[1072] Für eine solche Wertung genügt es nicht, Risikofaktoren zu identifizieren, erforderlich ist vielmehr, dass eine Aussage über den groben Grad der mit einem Verhalten verbundenen Gefahr getroffen werden kann.[1073] Eine solche Aussage kann indes nicht aus der Feststellung abgeleitet werden, dass ein Verhalten einen Erfolg kausiert hat.[1074] 258

Aus dieser Tatsache kann lediglich abgeleitet werden, dass der Erfolg eine mögliche Folge des Verhaltens war, dass also die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes nicht 0,0% betragen haben kann.[1075] Daraus, dass ein Verhalten in der Kausaldiagnose als Ursache des Erfolgseintritts erscheint, folgt hingegen nicht zwingend, dass der Erfolgseintritt im Zeitpunkt der Vornahme als 259

1069 Dazu schon oben N. 244 ff.

1070 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 489 ff., 499 ff.

1071 *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 490; ebenso *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 549 f.

1072 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 203

1073 *Börgers,* Gefahrurteil, 61

1074 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 202; ferner *Börgers,* Gefahrurteil, 60.

1075 *Börgers,* Gefahrurteil, 60; ähnlich auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 202

notwendige Folge des Verhaltens erschien.[1076] Die gegenteilige Annahme basiert entweder auf einem Rückschaufehler oder aber einem streng deterministischen Weltbild.[1077] Letzteres unterscheidet sich von Ersterem freilich nur dadurch, dass der Fehlschluss mit einer Prämisse begründet wird, die ihrerseits begründungspflichtig ist, aber weder belegt noch falsifiziert werden kann. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Determinismus-Debatte braucht an dieser Stelle nicht stattzufinden. Die Antwort auf die Frage, ob jegliches Geschehen auf dieser Welt determiniert ist oder nicht, betrifft die Feststellung des Sachverhaltes und fällt somit unter den Anwendungsbereich des *in dubio pro reo*-Grundsatzes.[1078] Sofern nicht nachgewiesen werden kann, dass ein bestimmtes Verhalten nach Massgabe einschlägiger Naturgesetze notwendigerweise zu einer bestimmten Folge geführt haben muss, darf nicht zulasten der beschuldigten Person von der Annahme ausgegangen werden, dass ein Ereignis eintreten musste, weil es eingetreten ist.

260 Die Feststellung der Erfolgsherbeiführung lässt nicht den Schluss zu, dass das ursächliche Verhalten den Erfolg mit grosser Wahrscheinlichkeit herbeiführen musste. Genau genommen lässt sich nämlich gar keine sinnvolle Aussage mehr über die Wahrscheinlichkeit einer Herbeiführung des Erfolges treffen, sobald bei der Beurteilung der tatsächlich eingetretene Erfolg berücksichtigt wird.[1079] Die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintrittes lässt sich nur mit Blick auf diejenige Situation beurteilen, in der der Erfolgseintritt noch aussteht. Insofern mag es zwar zutreffen, dass eine Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos unter Berücksichtigung des tatsächlich eingetretenen Erfolgs nicht sinnvoll durchführbar ist, daraus folgt aber nicht, dass dieses Kriterium keine eigenständige dogmatische Funktion hat, sondern nur, dass man bei der Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos den Erfolgseintritt nicht mitberücksichtigen sollte.[1080]

261 Selbst wenn *Kindhäusers* Erwägungen hinsichtlich der Identität von Ursachen und Risikofaktoren zutreffen würden, könnte daraus nicht geschlossen werden, dass jede Bedingung, die nach seiner Auffassung zugleich Risiko-

1076 Vgl. *Börgers,* Gefahrurteil, 72; anders aber *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 180 und 188 ff., der davon ausging, dass es unzulässig sei, von einem bereits tatsächlich eingetretenen Ereignis zu sagen, dass auch das Ausbleiben objektiv möglich gewesen sei. Später führte er jedoch aus, dass «die Behauptung der Möglichkeit verschiedener Verlaufsweisen generell bezeichnete, verallgemeinerte Bedingungen» voraussetze.

1077 Für ein deterministisches Weltbild aber offenbar *Kindhäuser,* ZStW 120 (2008), 492.

1078 Zu dem auf Tatsachenfeststellungen bezogenen Anwendungsbereich des *in dubio pro reo*-Grundsatzes BSK StPO-*Tophinke,* Art. 10 N. 75 f.

1079 *Börgers,* Gefahrurteil, 61; siehe auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 60.

1080 In diese Richtung auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 60 f.

faktor und Ursache sein muss, auch eine missbilligte Gefahr ist.[1081] Dies lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen: Während eines Sturms werden Dachziegel, die einige Jahre zuvor von einer Dachdecker:in befestigt wurden, von einem Dach geweht und verletzen eine Passant:in. Hier lässt sich nicht leugnen, dass das Anbringen der Ziegel *ex post* als Ursache für die Verletzung erscheint und nach *Kindhäuser* insofern auch als Risikofaktor anzusehen wäre. Dies bedeutet aber nicht, dass die Wahrscheinlichkeit dieses Verlaufs im Zeitpunkt des Anbringens der Ziegel hinreichend gross war, um darin eine objektiv *nicht mehr tolerierbare Gefahr* für die Rechtsgüter Leib und Leben zu sehen.[1082]

262 Die *ex post* festgestellte Erfolgsherbeiführung lässt also bestenfalls einen «Risikofaktor» schliessen, nicht aber auf die Qualifikation eines Verhaltens als rechtlich relevante oder missbilligte Gefahrschaffung.[1083] Dem Erfordernis der objektiven Schaffung einer missbilligten Gefahr kommt nach dem Gesagten die dogmatische Funktion zu, zu prüfen, ob ein Verhalten im Zeitpunkt seiner Vornahme eine nicht mehr tolerierbare Gefahr der Erfolgsherbeiführung schafft und daher von der Verhaltensnorm verboten war. Diese Funktion wird durch den nachträglichen Eintritt des Erfolges nicht obsolet.[1084] Soweit es die Schaffung einer missbilligten Gefahr aber nicht objektiv, sondern anhand des vorherrschenden, objektivierten *ex ante*-Massstabs beurteilt wird, so masst sich dieses Kriterium noch eine weitere Funktion an, indem sie auf die Erkennbarkeit der Verhaltensnormwidrigkeit vorgreift. Sind die objektiv vorliegenden Umstände, aufgrund deren ein Verhalten objektiv als missbilligte Gefahrschaffung zu beurteilen ist, *ex ante* in der Situation der handelnden Person weder für sie selbst noch für die Massfigur erkennbar, so ist dies eine Frage des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit.[1085]

263 Dass dem Kriterium der Schaffung einer missbilligten Gefahr eine dogmatische Funktion zugewiesen werden kann, bedeutet freilich nicht, dass diese Funktion nicht auch anderweitig erfüllt werden kann. Wie bereits erwähnt, sind die Kritiker:innen der Lehre der objektiven Zurechnung überzeugt, dass die von der Lehre der objektiven Zurechnung unter dem Gesichtspunkt der Gefahrschaffung diskutierten Probleme auch anderweitig,

1081 Kritisch auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 60 f.; anders aber *Kindhäuser,* GA 2007, 464 f.

1082 Anders wohl *Kindhäuser,* GA 2007, 464 f.

1083 *Börgers,* Gefahrurteil, 60; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 61 und 201.

1084 In diese Richtung auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 60 f., die aber den vorherrschenden ex ante-Massstab beibehalten will.

1085 *Börgers,* Gefahrurteil, 87 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 132; *Frister,* AT[8], 10/37.

namentlich über die subjektive Tatseite, gelöst werden können.[1086] Es gilt daher zu untersuchen, ob es aus rechtspraktischen Erwägungen nicht sinnvoller wäre, gänzlich auf das Kriterium der Risikoschaffung zu verzichten, und die Lösung stattdessen auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes zu suchen.

b. Überflüssigkeit des Risikoschaffungserfordernisses angesichts bestehender Lösungsmöglichkeiten auf der subjektiven Tatseite?

aa) Vorsatzdelikt

264 *Armin Kaufmann* warf der Lehre der objektiven Zurechnung bereits Mitte der 1980er-Jahre vor, dass die komplexe Problematik im Lichte des Tatvorsatzes dahinschmelze wie «Aprilschnee in der Sonne».[1087] Entweder umfasse der Tatvorsatz die Verursachung des Erfolges, samt denjenigen Momenten, die Anlass zu Überlegungen im Sinne der objektiven Zurechnung geben mögen; dann habe sich die Problematik sozusagen von selbst erledigt. Oder ein entsprechender Vorsatz fehle gerade; auch dann sei jegliche vorangegangene Spekulation über die objektive Zurechnung in einer «schon qualvollen Weise überflüssig».[1088] Dieser Auffassung haben sich mittlerweile verschiedene Kritiker:innen der Lehre der objektiven Zurechnung angeschlossen.[1089]

265 Der von *Armin Kaufmann* geäusserten Kritik liegt die Annahme zugrunde, dass Verhaltensnormen nur finale Handlungen gebieten oder verbieten können.[1090] Weil nach der finalen Handlungslehre die mit einem äusserlichen Verhalten verfolgte Zwecksetzung tragender Bestandteil der Handlung ist,[1091] rückt diese bei der Bestimmung des Norminhaltes in den Vordergrund. Die Norm eines Vorsatzdeliktes soll demnach lediglich lauten: «Du sollst nicht (vorsätzlich) handeln!»[1092] Mit Blick auf ein vorsätzliches Tötungsdelikt ergäbe sich die Normwidrigkeit eines Verhaltens daraus, dass sich die beschuldigte Person auf bestimmte Weise verhalten hat, *um* eine andere Person zu töten. Eine Präzisierung des verbotenen Verhaltens anhand des

1086 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260 ff.; ebenso *Kindhäuser,* GA 2007, 464 ff.; *ders.,* ZStW 120 (2008), 489 f.; ferner *H. Schumann / A. Schumann,* FS Küper, 548 ff.

1087 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260.

1088 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 261.

1089 So etwa *Hirsch,* FS Köln, 404 (relativierend *ders.,* FS Lenckner, 121 ff.); *Kindhäuser,* GA 2007, 464; *ders.,* FS Hruschka, 539; *ders.,* FS Maiwald, 404 f.; *ders.,* AT[8], § 11 N. 9; *H. Schumann / A. Schumann,* FS Küper, 549; *Struensee,* JZ 1987, 58 ff.; *ders.,* GA 1987, 101.; referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 196 ff.

1090 *Armin Kaufmann,* Normentheorie, 102 ff.; *ders.,* FS Welzel, 395 f.; vgl. auch *Welzel,* Strafrecht[11], 37.

1091 Zum finalistischen Verbrechenssystem oben N. 111 ff.

1092 *Armin Kaufmann,* Normentheorie, 102; *ders.,* FS Welzel, 396;

Kriteriums der missbilligten Risikoschaffung sei daher überflüssig.[1093] Abweichend davon will *Kindhäuser* das von der Norm verbotene Verhalten rein objektiv bestimmen.[1094] Dies beruht auf der Annahme, dass das rechtlich Richtige alleine mit Blick auf die am Rechtsgüterschutz orientierte Legitimationsgrundlage der Norm zu bestimmen sei. Aus diesem Grund dürfe die Norm das Sollen nicht von den individuellen Fähigkeiten und Vorstellungen der Normadressat:in abhängig machen. Aufgrund dieser Unterscheidung zwischen der Norm und der personalen Bindung an die Norm[1095] bestimmt die «subjektive Finalität» nicht bereits die Normwidrigkeit, sondern erst die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens.[1096] Mit Blick auf die vorliegende Fragestellung, ob die dogmatische Funktion des Kriteriums der missbilligten Risikoschaffung vollumfänglich im Vorsatz aufgehen kann, ergibt sich aus dieser abweichenden normentheoretischen Auffassung aber kein wesentlicher Unterschied. Entscheidend hierfür sind nämlich letztlich die Anforderungen, die an den Vorsatz gestellt werden.

266 Die Kritiker:innen der objektiven Zurechnung gehen nämlich davon aus, dass der Vorsatz nicht nur Wissen und Willen hinsichtlich einer allgemeinen Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung voraussetze, sondern vielmehr die konkrete Möglichkeit des Erfolgseintritts erkannt werden müsse.[1097] Die Auffassung, dass das Hoffen auf die Mitwirkung unvorhersehbarer Umstände keinen Vorsatz begründen könne, ist keineswegs neu, sondern wurde beispielsweise schon von *Radbruch, Frank* und *Engisch* vertreten.[1098] Auch *Welzel* ging davon aus, dass der Vorsatz als Verwirklichungswille voraussetze, dass sich die beschuldigte Person eine Einwirkungsmöglichkeit auf das reale Geschehen zuschreibe: Was ausserhalb der eigenen Einwirkungsmöglichkeiten liege, könne als zufällige Verknüpfung mit der Handlung lediglich erhofft oder erwünscht werden.[1099] In dem bekannten und bereits mehrfach

1093 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 266, 268 f.; in diese Richtung auch *H. Schumann/ A. Schumann,* FS Küper, 546 mit Hinweis auf *Stratenwerth,* ZStrR 79 (1963), 247.

1094 *Kindhäuser,* Gefährdung, 148; *ders.,* JRE 2 (1994), 341.; ähnlich *Vogel,* Norm und Pflicht, 41 ff.; kritisch *Freund/Rostalski,* AT[3], § 2 N. 33 ff.; eingehend *Freund,* Erfolgsdelikt, 121 ff.; ebenfalls kritisch *Renzikowski,* Täterbegriff, 255 ff.

1095 *Kindhäuser,* Gefährdung, 13 ff.; 147 ff.

1096 *Kindhäuser,* FS Hruschka, 530: «Für die zum Tatzeitpunkt zu bestimmende Pflicht, das verbotene tatbestandliche Geschehen zu vermeiden, ist allein die subjektive Finalität des Normadressaten selbst maßgeblich.»

1097 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 266 m.w.N.; *Hirsch,* FS Köln, 405; *H. Schumann/ A. Schumann,* FS Küper, 556 m.w.N.

1098 *Radbruch,* Lehre von der adäquaten Verursachung, 39; *Frank,* Strafgesetzbuch[18], 189 ff. und 196 ff.; *Engisch,* Untersuchungen, 220.

1099 *Welzel,* Strafrecht[11], 66.

angesprochenen Gewitterfall, in dem die beschuldigte Person eine andere Person bei einem aufkommenden Gewitter nach draussen schickt, in der Hoffnung, sie werde von einem Blitz erschlagen, verneint *Welzel* daher das Vorliegen eines Tötungswillens,[1100] obwohl die beschuldigte Person mit ihrer Handlung durchaus den Tod der anderen Person bezwecken will.[1101] In diese Richtung geht auch *Armin Kaufmann,* indem er im Anschluss an *Engisch* für die Bejahung des Vorsatzes verlangt, dass «ein objektives Adäquanzurteil psychologisch realisiert» sein müsse.[1102]

267 Damit wird der Verwirklichungswille letztlich davon abhängig gemacht, ob ein bestimmtes Verhalten realiter hinreichend geeignet ist, die gewünschte Folge herbeizuführen.[1103] Ein so verstandener Verwirklichungswille ist aber nur scheinbar ein rein subjektives Kriterium, sondern enthält *Wertungen,* die losgelöst von den Vorstellungen der handelnden Person getroffen werden müssen.[1104] Denn auch für diejenigen Lösungsansätze, die den Gewitterfall über den Vorsatz lösen wollen, ist letztlich entscheidend, dass das Verhalten der beschuldigten Person bereits objektiv nicht hinreichend gefährlich war. Insofern unterscheiden sich diese Wertungen letztlich nicht von denjenigen des Kriteriums der rechtlich relevanten Risikoschaffung. Dies wird besonders deutlich bei denjenigen Autor:innen, die verlangen, dass sich der Vorsatz auf das Vorliegen eines «Risikosyndroms» beziehen müsse.[1105] Denn mit «Risikosyndrom» kann nicht bloss ein beliebiges, noch so kleines Risiko eines Erfolgseintrittes gemeint sein: Würde man als «Risikosyndrom» jede beliebige Wahrscheinlichkeit einer Erfolgsverursachung genügen lassen, so müssten auch im Gewitterfall die Kenntnis des Risikosyndroms und damit der Vorsatz bejaht werden. Eine dogmatische Funktion kann das Erfordernis der Kenntnis des «Risikosyndroms» nur erfüllen, wenn mit «Risikosyndrom» ein rechtlich relevantes Risiko gemeint ist. Die (rechtlich relevante) Risikoschaffung wird dann aber als Gegenstand des Vorsatzes

---

1100 *Welzel,* Strafrecht[11], 66; *Hirsch,* FS Köln, 405; ähnlich auch *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 556.

1101 Zur Planbarkeit unwahrscheinlicher Folgen *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 141; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 198, die hier das Beispiel des Lottospiels nennt und anmerkt, dass ein trotz geringer Wahrscheinlichkeit eintretender Gewinn kaum als nicht vorsätzlich bewirkt angesehen werden könne.

1102 *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 266 f.; *ders.,* ZStW 70 (1958), 81 mit Hinweis auf *Engisch,* Untersuchungen, 157 ff. und 220.

1103 Dies eingestehend *Hirsch,* FS Lenckner, 125, 133 ff.

1104 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 198 mit Hinweis auf *Engisch,* Untersuchungen, 167; vgl. auch *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 96 ff.; eingestehend *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 267 Fn. 31.

1105 *Kindhäuser,* GA 2007, 465; *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 551.

begriffen, ohne das Erfordernis einer rechtlich relevanten Risikoschaffung gleichzeitig als objektives Tatbestandsmerkmal anzuerkennen.[1106]

268 Eine stichhaltige Begründung dafür, dass die Risikoschaffung zwar Vorsatzgegenstand, aber kein objektives Tatbestandsmerkmal sein soll, findet sich nicht. Stattdessen werfen etwa *H. Schumann* und *A. Schumann* den Vertreter:innen der objektiven Zurechnung vor, eine unzureichende Vorsatzlehre zu vertreten. So werfen sie *Roxin* vor, den Vorsatz auf einen blossen Intentionsunwert zu reduzieren,[1107] weil er darauf hinweist, dass sich der Gewitterfall, sofern man den objektiven Tatbestand bejahe, auch nicht über den Vorsatz lösen lasse, da «der Täter subjektiv genau das wolle, was er objektiv bewirkt hat».[1108] Die Lehre der objektiven Zurechnung schaffe sich den Nachweis für ihre Notwendigkeit von selbst, indem sie den Vorsatzbegriff auf Hoffen und Wünschen reduziere.[1109] Dabei übersehen sie aber geflissentlich, dass ihre eigene Argumentation auf einer *petitio principii* beruht: Anstatt anzuerkennen, dass die Kenntnis des «Risikosyndroms» nur deswegen ein Vorsatzerfordernis ist, weil die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos als objektives Tatbestandsmerkmal anzusehen ist und sich der Vorsatz auf die objektiven Tatbestandsmerkmale zu beziehen hat, wird der Vorsatzbegriff mit den Wertungen aufgeladen, die eigentlich in den objektiven Tatbestand gehören, um die Defizite der eigenen Konzeption des objektiven Tatbestandes zu korrigieren. Dieser Vorsatzbegriff wird dann ohne Begründung als richtig vorausgesetzt, um damit zu begründen, dass es die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos als objektives Tatbestandsmerkmal nicht brauche.[1110]

269 Ähnlich liegt es auch bei *Kindhäuser,* der versucht, die Überflüssigkeit des objektiven Kriteriums einer rechtlich missbilligten Risikoschaffung anhand eines Gedankenexperiments darzulegen.[1111] Dieses ist aber von vorn-

1106 So ausdrücklich *Kindhäuser,* GA 2007, 465.

1107 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 551.

1108 *Roxin,* AT I^{4}, § 11 N. 44 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^{5}, § 11 N. 44); ähnlich *Schünemann,* GA 1999, 220; kritisch *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 551.

1109 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 553.

1110 *H. Schumann/A. Schumann,* FS Küper, 551 ff.

1111 *Kindhäuser,* GA 2007, 465 f.: «Wenn nun die Lehre von der objektiven Zurechnung der Vorsatzgefahr noch eine weitere Risikoprognose vorschaltet, dann ergeben sich, falls die Prognose des fingierten Beobachters zutrifft, folgende drei Möglichkeiten: (1) Beide Prognosen sind weitgehend kongruent: dann ist die objektive Prognose überflüssig. (2) Der Täter geht irrig von einer Vorsatzgefahr aus. In diesem Fall ist ein Versuch gegeben, und das objektive Urteil ist schon deshalb überflüssig, weil ein nicht eingetretener Erfolg keiner Zurechnung bedarf. (3) Der Täter geht irrig von keiner Vorsatzgefahr aus. In diesem Fall ist das Urteil eines fingierten Beobachters überflüssig, weil die Konstitution vorsätzlichen Handlungsunrechts am fehlenden Vorsatz scheitert.

herein zum Scheitern verurteilt, weil es im Wesentlichen auf derselben *petitio principii* beruht wie die Argumentation von *H. Schumann* und *A. Schumann:* Die Annahme, dass der Vorsatz ohne die Anerkennung eines entsprechenden objektiven Tatbestandsmerkmals die Kenntnis des «Risikosyndroms» voraussetzen soll, bleibt auch bei *Kindhäuser* unbegründet.[1112] Indem er auf die von *Puppe* begründete Theorie der Vorsatzgefahr verweist, nach der die Anforderungen an die vorgestellte Gefahr beim Vorsatzdelikt höher sein muss als beim Fahrlässigkeitsdelikt,[1113] erweckt er lediglich den Anschein einer Begründung. Der Verweis vermag eine wirkliche Begründung für seine Annahme aber bereits deshalb nicht zu substituieren, weil *Puppe* das Erfordernis einer objektiven Gefahrschaffung keineswegs negiert,[1114] sondern im Gegenteil davon ausgeht, dass die Anerkennung objektiver Zurechnungskriterien zu neuen Einsichten in der Vorsatzdogmatik führe.[1115]

270 Indem sie die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos nicht als objektives Tatbestandsmerkmal anerkennen wollen und die entsprechenden Fälle alleine über den subjektiven Tatbestand zu lösen versuchen, begehen die Kritiker:innen denselben Fehler, den sie der Lehre der objektiven Zurechnung hinsichtlich der Beurteilung des Risikoschaffungserfordernisses vorwerfen: *Sie veranstalten eine Konfusion zwischen Objektivem und Subjektivem.*[1116] Die Frage, ob durch ein Verhalten objektiv ein nicht mehr tolerierbares Risiko geschaffen wurde, ist und bleibt eine Feststellung, die sich auf

Denkbar wäre freilich auch, dass sich die Prognose des objektiven Beobachters im Gegensatz zu derjenigen des Täters als falsch herausstellt: (1) Eine falsche Erfolgsprognose kann ersichtlich keine Haftungsgrundlage für einen zutreffend nicht vorsätzlich handelnden Täter sein und ist damit völlig irrelevant. (2) Geht hingegen der fingierte Beobachter im Gegensatz zum Täter irrig von einer fehlenden Erfolgsgefahr aus, würde ein Irrtum den Täter entlasten. Dieses bereits oben erwähnte unplausible Resultat lässt sich nur durch eine Berücksichtigung von Sonderwissen des Täters vermeiden, wodurch die Redundanz des objektiven Unrechtsurteils nur allzu deutlich wird.» Kritisch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 201 ff.

1112 Siehe *Kindhäuser,* GA 2007, 465. Keine Begründung ist insbesondere in der Aussage zu sehen, dass das kognitive Element des Vorsatzes eine Prognose enthalte, dass also vorsätzlich handle, wer davon ausgehe, dass der Erfolg mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit als Folge des gewollten Handelns eintrete. Dies schliesst nämlich keineswegs aus, dass der objektive Tatbestand das Vorhandensein von Umständen voraussetzt, aus denen sich gerade eine erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintrittes ergibt.

1113 *Puppe,* Vorsatz und Zurechnung, 35 ff.

1114 Siehe etwa *Puppe,* Vorsatz und Zurechnung, 24: «Eine unerlaubte Gefahr enthält als Gefahrfaktor ein sorgfaltswidriges menschliches Verhalten. Unerlaubt ist die Gefahr nur insoweit, als die Erfolgsprognose auf Eigenschaften des menschlichen Verhaltens gestützt wird, aus denen sich die Verletzung einer Sorgfaltsnorm ableiten lässt.»

1115 *Puppe,* Vorsatz und Zurechnung, 21 ff.

1116 Zur «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven» bei der objektiven Zurechnung und zur Lösung des Problems *Burkhardt,* SB Straftatsystem, 99 ff., 132 f.

die objektiven Begebenheiten der Tat bezieht.[1117] Davon zu unterscheiden ist die Feststellung, ob die beschuldigte Person erkannt hat, dass sie durch ihr Verhalten ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen hat.[1118] Will man nun das Erfordernis einer rechtlich relevanten Risikoschaffung nicht als objektives Tatbestandsmerkmal anerkennen, so wird man nicht umhinkommen, die mit diesem wertenden Kriterium verbundene Feststellung, ob die beschuldigte Person objektiv ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen hat oder nicht, doch in die Beurteilung des Vorsatzes einfliessen zu lassen.[1119] Der Unterschied zwischen diesem Fehler hier und demjenigen, den die Kritiker:innen bei der Lehre der objektiven Zurechnung identifizieren, besteht lediglich darin, dass der Fehler an anderer Stelle im Verbrechensaufbau unterläuft.

bb) Fahrlässigkeitsdelikt

271 Die Kritik, dass es das Erfordernis einer missbilligten Risikoschaffung beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht brauche, weil sämtliche unter diesem Gesichtspunkt diskutierten Probleme über den *subjektiven Tatbestand* gelöst werden könnten, scheint auf den ersten Blick nicht besonders nahezuliegen, weil beim Fahrlässigkeitsdelikt oftmals auf eine Unterscheidung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand verzichtet wird.[1120] Dennoch liesse sich – unabhängig davon, ob man beim Fahrlässigkeitsdelikt einen subjektiven Tatbestand anerkennt oder nicht – auch hier der Einwand erheben, dass das Kriterium der missbilligten Risikoschaffung angesichts des fahrlässigkeitsspezifischen Tatbestandsmerkmals der (objektiven) Sorgfaltspflichtverletzung nicht notwendig sei.[1121] Damit liesse sich aber lediglich bestreiten, dass das Kriterium der Schaffung eines missbilligten Risikos erst als Kriterium der objektiven Zurechnung des Erfolges anzusehen sei, seine Existenzberechtigung als objektives Tatbestandsmerkmal wird dadurch aber noch nicht in Frage gestellt. Inhaltlich unterscheidet sich das Kriterium der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung letztlich nur unwesentlich von dem von der Lehre der objektiven Zurechnung geforderten Kriterium der Schaffung eines

1117 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 723.

1118 Zutreffend *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 132 f.; ebenso *Frister,* AT[8], 10/36 ff.

1119 Vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 198; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 96; in diese Richtung auch schon *Engisch,* Untersuchungen, 169.

1120 Gegen eine Unterscheidung *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 336; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 89; *Stratenwerth,* AT I[4], vor § 16 N. 2 f.; anders aber *Hurtado Pozo,* N. 1397 f.; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 49.

1121 Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 42 N. 21 ff.; *ders.,* GA 2015, 27 ff.

unerlaubten Risikos.[1122] Selbst wenn man mit *Gössel* die «objektive Voraussehbarkeit» als Merkmal der Sorgfaltswidrigkeit ablehnt,[1123] die durch den von der herrschenden Meinung geforderten objektivierten *ex ante*-Beurteilungsmassstab in das Kriterium der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und jenes der Schaffung eines missbilligten Risikos einfliesst,[1124] kann die Sorgfaltswidrigkeit nicht ohne Rücksicht auf die im Einzelfall geschaffene Gefahr bestimmt werden.[1125]

272 Die Existenzberechtigung des Kriteriums der Schaffung eines missbilligten Risikos als objektives Tatbestandsmerkmal des Fahrlässigkeitsdeliktes lässt sich daher nur dann ernsthaft in Frage stellen, wenn die Sorgfaltswidrigkeit alleine als Frage des subjektiven Tatbestandes des Fahrlässigkeitsdeliktes angesehen wird. In diese Richtung gehen insbesondere die Einwände von *Struensee,* der versuchte darzulegen, dass sich die Lehre der objektiven Zurechnung beim Fahrlässigkeitsdelikt eigentlich mit dem subjektiven Tatbestand befasst, den er in der Sorgfaltswidrigkeit erblickt.[1126] Der objektive Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes soll nach der Auffassung *Struensees* hingegen bereits erfüllt sein, «wenn die Handlung (Körperbewegung) gesetzmäßige Bedingung des – wie auch immer bestimmten – tatbestandsmäßigen Erfolgs» sei.[1127]

273 *Struensee* geht dabei von einem ganz eigenen Fahrlässigkeitsbegriff aus. Auf der Grundlage der finalen Handlungslehre unternahm *Struensee* im Jahr 1987 den Versuch, die Schwierigkeiten hinsichtlich der Erfassung fahrlässiger Delikte zu überwinden und die rechtlich relevante Finalität bei der fahrlässigen Deliktsbegehung zutreffend zu erfassen. Dabei räumte er im Anschluss an *Stratenwerth* ein, dass sich die Finalität der handelnden Person beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht auf den tatbestandsmässigen Erfolg beziehen könne.[1128] Der Sachverhaltsunwert, auf den sich die «Finalität des Handelnden» beim Fahrlässigkeitsdelikt zu beziehen habe, soll nach *Struensee* deshalb in einer «bestimmten Konstellation objektiver Umstände» bestehen, die negativ bewertet würden, weil die Rechtsordnung an sie die Prognose möglicher Rechtsgutsverletzungen knüpfe und darum die finale Herbeiführung

1122 *Murmann,* GK[5], § 30 N. 8 f.; ablehnend Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 42 N. 21 ff.

1123 Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 42 N. 40.

1124 Zum objektivierten *ex ante*-Massstab der h.M. oben N. 234 ff.

1125 Dies zeigt sich deutlich an der Relativität der von Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 42 N. 53 ff. benannten Sorgfaltsanforderungen.

1126 *Struensee,* GA 1987, 99 ff., 105; *ders.,* JZ 1987, 60 f.

1127 *Struensee,* GA 1987, 105.

1128 *Struensee,* JZ 1987, 57 mit Hinweis auf *Stratenwerth,* ZStrR 81 (1965), 205.

solcher Konstellationen verbiete.[1129] Dementsprechend bestehe der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts darin, «daß der Handelnde von den Bedingungen des eingetretenen Erfolgs einen tatbestandsrelevanten Ausschnitt kennt, von dem nach Bewertung der Rechtsordnung eine intolerable Gefahr (‹unerlaubtes Risiko›)» ausgehe.[1130] Über die Sorgfaltswidrigkeit entscheide demnach, was die handelnde Person erkannt habe, nicht, was sie nicht erkannt habe.[1131]

274 Im Gegensatz zu anderen Kritiker:innen der Lehre der objektiven Zurechnung legt *Struensee* durchaus offen, dass gerade die objektive Schaffung eines missbilligten Risikos der Bezugsgegenstand des subjektiven Tatbestandes des Fahrlässigkeitsdeliktes ist. Er konstatiert der Lehre der objektiven Zurechnung (und den Bemühungen um die Bestimmung der objektiven Sorgfaltswidrigkeit) gar, bei der Bildung von begrifflichen Umschreibungen unwertiger Sachverhalte bereits Wertvolles geleistet zu haben. Gleichzeitig kritisiert er aber, dass deren Begründungen und Resultate «ein Konglomerat objektiver und subjektiver Elemente» seien, das «der dogmatischen Durchleuchtung und zumindest theoretischen Entflechtung» bedürfe.[1132]

275 Dieser auf objektiven Umständen beruhende Sachverhaltsunwert sollte nach *Struensee* aber gerade nicht Teil des objektiven Tatbestandes sein, was er damit begründete, dass die Notwendigkeit eines solchen Kriteriums zweifelhaft sei, weil der Erfolgsherbeiführung zwangsläufig eine Situation vorausgehen müsse, die die Möglichkeit der Erfolgsverursachung in sich berge.[1133] Praktisch werde diese Frage aber dadurch überrollt, dass die herrschende Meinung die «Risikoerlaubnis» von der «Reichweite des Täterwissens» abhängig mache. Dies versucht *Struensee* anhand einer Reihe von Beispielen zu untermauern, in denen objektiv durchaus eine rechtlich relevante Risikoschaffung vorliegt, was ihm erlaubt, zum Ergebnis zu gelangen, dass die Tatbestandsverwirklichung deshalb zu verneinen sei, weil die handelnde Person die objektiv gegebenen Risikofaktoren nicht kenne; es deshalb an der Sorgfaltswidrigkeit fehle.[1134]

276 *Struensees* Kriterium der Sorgfaltswidrigkeit, das den subjektiven Tatbestand des Fahrlässigkeitsdelikts ausfüllen sollte, scheint sich von der vorherrschenden objektivierten *ex ante*-Beurteilung der Schaffung eines miss-

1129 *Struensee*, JZ 1987, 58 ff.

1130 *Struensee*, JZ 1987, 59.

1131 *Struensee*, JZ 1987, 62.

1132 *Struensee*, JZ 1987, 58.

1133 *Struensee*, JZ 1987, 58; vgl. auch *ders.*, GA 1987 105.

1134 *Struensee*, JZ 1987, 59.

billigten Risikos nur darin zu unterscheiden, dass er bei der Beurteilung ausschliesslich auf das Wissen der handelnden Person abstellen und dieses nicht durch das hypothetische Wissen einer Massfigur ergänzen wollte.[1135] Damit legt *Struensee* zur Beurteilung des subjektiven Tatbestandes des Fahrlässigkeitsdeliktes zwar durchaus einen subjektiven Massstab an.[1136] Fraglich ist aber, ob dies genügt, um den Vorwurf zu vermeiden, dass er die Schaffung eines missbilligten Risikos, die er als selbst «Konglomerat objektiver und subjektiver Elemente» betrachtet, (unter Anwendung eines anderen Beurteilungsmassstabs) lediglich vom objektiven in den subjektiven Tatbestand verfrachte. Da *Struensee* die Feststellung, ob objektive Umstände vorliegen, die den Sachverhaltsunwert begründen (auf den sich seiner Meinung nach die Finalität zu beziehen hat), gerade nicht im objektiven Tatbestand vornehmen will, müsste er dies eigentlich im subjektiven Tatbestand nachholen, womit der Vorwurf doch zuträfe. Dem versucht *Struensee* aber dadurch zu entgehen, dass er als Gegenstand des Risikourteils die «als objektiv vorgestellten, aber eben nur die vorgestellten, nicht die bei Erfolgseintritt ohnehin immer objektiv verwirklichten Faktoren» bestimmt.[1137] Durch diesen Kniff gelingt es ihm zwar, den subjektiven Tatbestand von den objektiven Begebenheiten zu entkoppeln, nicht jedoch von den Wertungen, die darüber entscheiden, ob ein bestimmter Sachverhalt einen Sachverhaltsunwert begründet oder nicht.[1138] Gleichzeitig begibt er sich dadurch aber auch in einen Widerspruch: Einerseits behauptet er, eine personale Unrechtslehre zu vertreten, die beim Fahrlässigkeitsdelikt eine auf «den objektiven Unwertsachverhalt gerichtete Finalität» verlange, und andererseits soll sich der subjektive Tatbestand gerade nicht auf die tatsächlich vorliegenden objektiven Umstände beziehen, die den Sachverhaltsunwert begründen, sondern lediglich auf Umstände, die sich die handelnde Person als gegeben vorstellt.[1139] Wollte *Struensee* aber beim subjektiven Tatbestand des Fahrlässigkeitsdeliktes konsequent auf die vorgestellten Risikofaktoren abstellen, so müsste er die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auch in Fällen bejahen, in denen die handelnde Person das Risiko des zufällig eingetretenen Erfolges überschätzt hat: Eine pessimistische Person, die eine nicht urteilsfähige Person während eines Gewitters veranlasst, nach draussen zu gehen und dabei die Gefahr eines

1135 *Struensee,* JZ 1987, 60 ff.

1136 *Struensee,* JZ 1987, 60 ff.

1137 *Struensee,* JZ 1987, 60; vgl. aber *ders.,* GA 1987, 102.

1138 Siehe oben N. 267.

1139 Vgl. *Struensee,* JZ 1987, 60; dass dies nicht so gemeint sein kann, wird bei *ders.,* GA 1987, 102 deutlich.

Blitzeinschlags als hoch einschätzt, müsste wegen fahrlässiger Tötung verurteilt werden, wenn die urteilsunfähige Person tatsächlich tödlich von einem Blitzschlag getroffen würde. Eine optimistische Person, die denselben Sachverhalt als völlig ungefährlich einschätzt, müsste hingegen straflos bleiben. Dies würde offensichtlich zu einem unbilligen Ergebnis führen. Solche Schwierigkeiten liessen sich aber ganz einfach dadurch vermeiden, wenn *Struensee* die Schaffung einer von der Rechtsordnung nicht mehr tolerierten Gefahr als objektives Tatbestandsmerkmal anerkennen würde.[1140]

4. Würdigung

277 Die Kritik am Erfordernis der missbilligten Risikoschaffung ist nur aber immerhin insoweit berechtigt, als sie sich gegen den vorherrschenden objektivierten *ex ante*-Beurteilungsmassstab (auch sog. objektiv-nachträgliche Prognose) und dessen Vorgriff auf die subjektive Tatseite richten.[1141] Dieser Fehler, der der herrschenden Lehre bei der Bestimmung der Schaffung eines missbilligten Risikos unterläuft, bedeutet aber keineswegs, dass das Erfordernis der Schaffung eines missbilligten Risikos keine Existenzberechtigung als objektives Tatbestandsmerkmal hat. Verstanden als tatsächlich objektives Kriterium hat es durchaus eine eigenständige dogmatische Funktion und somit auch eine Existenzberechtigung. Die den Tatbeständen des StGB zugrundeliegenden Verhaltensnormen müssen auf die Situation zugeschnitten sein, in der sie die Normadressat:innen zu einem bestimmten Verhalten motivieren wollen. Das heisst, dass das von der Verhaltensnorm verbotene Verhalten in dieser Situation bestimmbar sein muss. Aus diesem Grund kann die Verhaltensnorm nicht erst die Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolges verbieten, da dieser im relevanten Zeitpunkt noch aussteht, sondern muss bereits die Schaffung nicht mehr tolerierbarer Risiken verbieten. [1142] Für die Feststellung, ob die beschuldigte Person tatsächlich ein solches Risiko geschaffen hat, bedarf es eines objektiven Tatbestandsmerkmals. Dieses Merkmal wird nicht bereits deshalb überflüssig, weil die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens in vielen Fällen nicht bereits am Fehlen einer missbilligten Risikoschaffung scheitert, sondern deswegen zu verneinen ist, weil die beschuldigte Person die Gefährlichkeit ihres Verhaltens nicht erkannt hat oder nicht erkennen konnte. Denn selbst in denjenigen Fällen, in denen zwar objektiv ein rechtlich relevantes Risiko geschaffen

1140 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 132.

1141 Siehe dazu oben N. 238, N. 241 und N. 245 ff.

1142 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76 ff., 82; gegen ein Verbot der Erfolgsverursachung bereits *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.

wird und daher der Vorsatz und die Fahrlässigkeit über die Erfüllung des Tatbestandes entscheiden, bildet das Kriterium der Schaffung eines missbilligten Risikos einen der Gegenstände, auf die sich der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit zu beziehen hat – eben, weil dieses Kriterium ein objektives Tatbestandsmerkmal ist.

B. Die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte

1. Risikoverringerung

278 Nach verbreiteter Auffassung soll es an einer (unerlaubten) Risikoschaffung und damit an der Zurechenbarkeit fehlen, wenn die beschuldigte Person in den Kausalverlauf eingreift und damit eine bereits bestehende Gefahr für das Opfer verringert.[1143] Dies wird damit begründet, dass es sinnwidrig wäre, Handlungen zu verbieten, durch welche die Situation des Handlungsobjektes nicht verschlechtert, sondern verbessert wird.[1144] Als Beispiel hierfür wird etwa der Fall genannt, in welchem ein Stein in gefährlicher Weise auf den Kopf einer Person zufliegt und der Retter den Stein zwar nicht gänzlich unschädlich machen, ihn aber immerhin auf eine weniger gefährdete Körperpartie ablenken kann.[1145]

279 Von dieser echten Risikoverringerung abzugrenzen sind nach verbreiteter Auffassung jedoch Fälle, in denen die beschuldigte Person eine bestehende Gefahr durch eine andere, weniger schädliche Gefahr ersetzt.[1146] Zu denken ist hierbei etwa an den Fall, dass jemand im Begriff ist, eine von einer Drittperson mit Gift versetze Tasse Kaffee zu trinken und die beschuldigte Person in letzter Sekunde einschreitet, indem sie dem Opfer die Tasse aus der Hand schlägt, wodurch dieses Verbrennungen an den Beinen erleidet. Die Handlung der beschuldigten Person bewirkt in diesem Fall zwar auch, dass die Gefahr für Leib und Leben des Opfers verringert wird, doch soll ihm hier die Tatbestandsverwirklichung trotzdem zuzurechnen sein, weil seine

1143 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53; *ders.,* FS Honig, 136; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 91; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 71; S/S[30]-*ders.,* vor §13 N. 94 *Eisele/Heinrich,* AT, N. 160; *Frisch,* JuS 2011, 117; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 287 f.; *Kaspar,* AT[2], §5 N. 88 f.; Kühl, AT[8], §4 N. 53 f.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 65; *Rengier,* AT[11], §13 N. 56; *Seelmann/Geth*[6], N. 117 (ebenso *Geth*[7], N. 117); *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 294 ff.

1144 *Kühl,* AT[8], §4 N. 54; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53; vgl. auch *Kaspar,* AT[2], §5 N. 88 f.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 65;

1145 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53; *Rengier,* AT[11], §13 N. 57; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 295.

1146 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 54; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 72 f.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 55; *Murmann,* GK[5], §23 N. 65 f.; *Rengier,* AT[11], §13 N. 57 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 295; vgl. auch *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 17.

Handlung gleichwohl deliktstypisch ist.[1147] Im Unterschied zur tatbestandsausschliessenden Risikoverringerung verringert die beschuldigte Person hier nicht nur die von einer bestehenden Ursache ausgehende Gefahr, sondern schafft eine andere, neue Gefahr, die zwar tatbestandlich missbilligt ist, aber allenfalls wegen mutmasslicher Einwilligung oder Notstand gerechtfertigt sein kann.[1148] Dass die Abgrenzung zwischen der nicht tatbestandsmässigen, echten Risikoverringerung und der allenfalls gerechtfertigten Risikoersetzung schwierig sein kann, lässt sich anhand einer Modifikation des eben genannten Beispiels veranschaulichen. In dieser Variante ist der Kaffee bereits kalt, das rabiate Eingreifen des Retters führt deshalb nicht zu Verbrennungen, weil das Gift aber durch die Haut resorbiert werden kann, erleidet das Opfer gleichwohl Vergiftungserscheinungen, die aber leichter ausfallen, als wenn es das Gift getrunken hätte.[1149]

280 Ein Teil der Literatur anerkennt die Risikoverringerung jedoch nicht als Zurechnungsgesichtspunkt und will die Fälle der Risikoverringerung ausschliesslich über die Rechtfertigung lösen.[1150] Dieser Auffassung liegt teilweise die Annahme zugrunde, dass bei der echten Risikoverringerung bereits die Kausalität zu verneinen sei, weshalb es sich bei den verbleibenden Fällen immer um blosse Risikoersetzungen handelt.[1151] Diese Kritik beruht aber auf ganz spezifischen Grundannahmen, aufgrund deren das Kriterium der Schaffung eines missbilligten Risikos *per se* in Frage zu stellen ist. Auf diese wurde in Zusammenhang mit den grundlegenden Einwänden gegen das Kriterium der missbilligten Risikoschaffung bereits näher eingegangen.[1152] Die Annahme, dass es faktisch keine Risikoverringerung geben könne, ist abzuweisen. Fälle echter Risikoverringerung sind durchaus denkbar.

281 Dies bedeutet aber nicht, dass die Risikoverringerung eine Daseinsberechtigung als eigenständigen Zurechnungsgesichtspunkt hat.[1153] Der Grund, dass in Fällen echter Risikoverringerung die objektive Zurechnung

1147 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 54; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 72 f.; *Frisch,* JuS 2011, 117 f.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 55; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 66; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 58 f. *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 297.

1148 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 72 f.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 65 f.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 58 f.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 54.

1149 Für dieses Beispiel bedanke ich mich bei *Marianne Lehmkuhl.*

1150 *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 17 ff.; *ders.,* FS Hruschka, 533 ff.; eingehend *ders.,* ZStW 120 (2008), 490 ff.; *Maiwald,* FS Miyazawa, 468 f.; in diese Richtung auch *Eicker,* ZStrR 2010, 422 ff.

1151 *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 16; *ders.,* ZStW 120 (2008), 482 ff.; je mit Hinweis auf *Puppe,* ZStW 92 (1980), 883 ff.

1152 Dazu oben N. 250 ff.

1153 So i.E. auch *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 216.

ausgeschlossen wird, liegt nämlich nicht daran, dass das Risiko für das bedrohte Rechtsgut insgesamt reduziert wurde – eben dies ist auch bei den Fällen der Risikoersetzung der Fall, die über die Rechtfertigung zu lösen sind.[1154] Entscheidend ist vielmehr, dass kein Risiko geschaffen oder erhöht wurde.[1155]

2. Fehlende Risikoerhöhung

a. Fehlende Risikoschaffung oder -erhöhung mangels Vermeidbarkeit des Erfolges

282 Unter dem Titel «Gefahrschaffung und hypothetische Kausalverläufe» diskutiert *Roxin* die Frage, ob und inwieweit hypothetische Kausalverläufe beim Urteil über die Schaffung oder Erhöhung eines (unerlaubten) Risikos zu berücksichtigen sind.[1156] Seiner Auffassung nach fehlt es an der Schaffung eines unerlaubten Risikos, wenn die beschuldigte Person den zum Erfolg führenden Kausalverlauf modifiziert, ohne jedoch das Risiko des Erfolgseintrittes zu erhöhen. Als Beispiel hierfür nennt *Roxin* den Fall, in dem ein Erdrutsch sowohl das linke als auch das rechte Gleis einer Eisenbahnstrecke verschüttet hat und der auf dem linken Gleis fahrende Lokführer nicht mehr rechtzeitig bremsen kann, sodass er zwingend an den Felsen zerschellen wird.[1157] Wenn nun ein anwesender Bahnmitarbeiter eine Weiche so umstellt, dass der Zug vom linken auf das rechte, ebenfalls versperrte Gleis umgeleitet wird und er insofern die Umstände des Todeseintrittes modifiziere, solle ihm der Erfolg gleichwohl nicht zugerechnet werden.[1158] Unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes sei die Modifikation des Geschehens, welches seinen verhängnisvollen Lauf unabhängig vom Verhalten der beschuldigten Person nehme, unbeachtlich und erscheine bei sozialer Bewertung nicht als selbstständige Tötung.[1159] Dagegen wird jedoch eingewendet,

1154 Dazu gerade oben N. 279

1155 Das bedeutet freilich nicht ohne Weiteres, dass jede Risikoerhöhung ausreicht. Dazu auch *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 216.

1156 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 58 (so weiterhin auch *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 58); ferner *Kühl,* AT[8], §4 N. 79 ff.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 129 ff. *Stratenwerth* AT I[4], §9 N. 30 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 34; ablehnend *Jakobs,* AT[2], 7/74 ff.; *ders.,* FS Lackner, 62; *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 12 ff.; wohl auch *Jescheck/Weigend,* AT[5], 289.

1157 *Roxin,* AT I[4] §11 N. 61 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 n. 61) mit Hinweis auf *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 98.

1158 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 61.

1159 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 61; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 96ff.; SK[6]-*Rudolphi,* vor §1 N. 59 f.; S/S-*Lenckner*[26], vor §13 N. 98; ebenso S/S[30]-*Eisele,* vor §13 N. 98; gegen die Berücksichtigung hypothetischer Schadensverläufe *Jakobs,* AT[2], 7/74 ff.; *ders.,* FS Lackner, 62; *Kindhäuser,* AT[8], §11 N. 12 ff.

dass das Strafrecht einem Gut seinen Schutz nicht deshalb entziehen kann, weil es sich bereits in einer aussichtslosen Lage befindet.[1160]

283 Deswegen besteht zunächst Einigkeit darüber, dass nicht jede hypothetische Ersatzursache genügen kann, um die objektive Zurechnung auszuschliessen.[1161] Für die Zurechnung unbeachtlich ist nach einhelliger Meinung zunächst der Fall, dass ein «Ersatztäter» bereitstand, der den Erfolg im Falle des Scheiterns der beschuldigten Person verwirklicht hätte.[1162] Verneint wird der Zurechnungsausschluss im Übrigen dort, wo die beschuldigte Person eine Naturkausalität nicht nur modifiziert, sondern die bestehende Gefahr durch eine ganz andere ersetzt.[1163] Zwar wollen einige Autor:innen auch hier einen Zurechnungsausschluss annehmen, weil die Lage des Opfers nicht verschlechtert werde.[1164] Dies wird von *Roxin* jedoch abgelehnt, weil das Verhalten der beschuldigten Person nicht bloss eine unbeachtliche Modifikation des bestehenden Risikos darstelle, sondern sie selbstständig ein neues, unerlaubtes Risiko schaffe.[1165] Die Voraussetzungen entsprechen in dieser Hinsicht also im Wesentlichen jenen, die bereits bei der Risikoverringerung diskutiert wurden: Entscheidend ist letztlich, ob die beschuldigte Person lediglich ein vorbestehendes Risiko modifiziert oder ob sie anlässlich des vorbestehenden Risikos ein ganz neues Risiko schafft. Ein Zurechnungsausschluss kommt – sowohl hier als auch bei der Risikoverringerung – nur bei der nicht risikoerhöhenden Modifikation eines bestehenden Risikos in Betracht.[1166] Nicht massgeblich ist hingegen, welchen Ursprungs die Gefahr

1160 S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 97; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 567 f.; *Jakobs,* AT[2], 7/74 ff.; FS Lackner, 62; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 80; dazu auch *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 60.

1161 Nach S/S[26]-*Lenckner,* vor § 13 N. 98 und S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 98 soll der Zurechnungsausschluss lediglich die Ausnahme bilden.

1162 Dies folge aus dem teleologisch zwingenden Gedanken, dass die Rechtsordnung ihre Verbote nicht bereits deshalb zurücknehmen könne, weil auch ein anderer zu ihrer Übertretung bereit war. Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein nicht mehr tolerierbares Risiko für ein tatbestandlich geschütztes Rechtsgut schafft, kann also nicht geltend machen, dass die verwirklichte Rechtsgutsverletzung auch durch das vorwerfbare Verhalten eines Dritten bewirkt worden wäre. *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 58 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 80; S/S-*Eisele,* Vor § 13 N. 98; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 60 f.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 137 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 8 N. 42.

1163 Zu denken wäre hierbei etwa an eine Variante des oben genannten Falls (N. 282), bei dem der Bahnmitarbeiter, anstatt die Weiche umzustellen, den Lokführer in letzter Sekunde erschiesst. *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 62.

1164 *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 110 ff.; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 59 f.; *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 45; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 8 N. 41 f.

1165 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 62; ferner *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 567; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 289; vgl. auch S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 98.

1166 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 81; dies als Ausnahme von der grundsätzlichen Nichtberücksichtigung hypothetischer Ersatzursache anerkennend S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 98.

ist: Solange eine vorbestehende Gefahr in nicht risikoerhöhender Weise modifiziert wird, spielt es keine Rolle, ob es sich dabei um eine Naturgefahr oder um eine recht- oder unrechtmässige Gefahrschaffung durch eine Drittperson handelt.[1167]

b. Abgrenzung zum Gesichtspunkt des rechtmässigen Alternativverhaltens

284 Dieser Zurechnungsgesichtspunkt mag insofern nicht allzu bedeutsam erscheinen, als Fälle wie der oben genannte Eisenbahnfall in der Praxis äusserst selten sein dürften. In der Literatur wird daher häufig darauf verzichtet, diese Fälle als eigenen Zurechnungsgesichtspunkt darzustellen.[1168] Hypothetische Kausalverläufe werden meist erst auf der Stufe der Risikoverwirklichung unter dem Gesichtspunkt der «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» behandelt.[1169] Die herrschende Meinung geht vielmehr dahin, dass der Erfolg – trotz der Schaffung eines missbilligten Risikos – nur zugerechnet werden soll, wenn das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte (sog. Wahrscheinlichkeitstheorie).[1170] Nach der von *Roxin* begründeten «Risikoerhöhungstheorie» soll für die Zurechnung des Erfolges hingegen bereits eine Erhöhung des Risikos ausreichen.[1171] Angesichts dessen, dass *Roxin* Fälle fehlender Risikoerhöhung bereits auf der Stufe der Risikoschaffung anspricht, mag es erstaunlich erscheinen, dass er in Zusammenhang mit der Verwirklichung des unerlaubten Risikos unter dem Titel «Rechtmässiges Alternativverhalten und Risikoerhöhungstheorie» auf die Fragestellung zurückkommt.[1172]

1167 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 61; missverständlich hingegen *Kühl,* AT[8], §4 N. 80.

1168 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 58 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 34 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], §9 N. 30 ff.

1169 Dazu unten N. 417 ff.

1170 BGE 130 IV 7 E. 3.2; 135 IV 56 E. 5 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 120 ff.; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 313 f., 326, 339 f.; *Riklin,* AT[3], §16 N. 47 und §13 N. 47; *Seelmann/Geth*[6], N. 484 (ebenso *Geth*[7], N. 484); in Deutschland wird diese Auffassung als Vermeidbarkeitstheorie bezeichnet, vgl. dazu Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 88 ff.; SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 119; *Murmann,* GK[5], §23 N. 107 ff.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 47, 153 ff.; S/S[30]-Sternberg-Lieben/Schuster, §15 N. 177 ff.; LK[11]-Schroeder, §16 N. 185 ff.; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 366; LK[12]-*Walter,* vor §13 N. 101 (ebenso LK[13]-*Walter,* vor §13 N. 101); Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* §14 N. 83 ff; *Welzel,* Strafracht[11], 136; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 305 ff. und N. 1130 ff.; vgl. auch S/S[30]-*Eisele,* vor 13 N. 99a.

1171 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 74 und N. 88 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 74 ff. und 88 ff.), *ders,* ZStW 74 (1962), 439 ff.; *ders.,* FS Honig, 138 ff.; *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 135 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 35; *Stratenwerth,* AT I[4] §9 N. 31; *ders,* FS Gallas, 227.

1172 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 74 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 74).

285 Die doppelte Behandlung der fehlenden Risikoerhöhung bei *Roxin* scheint den unterschiedlichen Bewertungsperspektiven geschuldet zu sein, die gemeinhin den Stufen der Risikoschaffung und der Risikoverwirklichung zugrunde gelegt werden. Ist die fehlende Risikoerhöhung, wie im sog. Weichenstellerfall, bereits *ex ante* erkennbar, so fehlt es – zumindest nach *Roxin* – bereits an der Schaffung eines unerlaubten Risikos.[1173] Ergibt sich jedoch erst aus nachträglich bekannt gewordenen Umständen, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg ebenfalls nicht vermieden hätte, so soll die Zurechnung offenbar erst auf der Stufe der Risikoverwirklichung verneint werden. Als Beispiel hierfür nennt *Roxin* den sog. Ziegenhaarfall,[1174] in dem der Inhaber einer Pinselfabrik chinesische Ziegenhaare vorschriftswidrig ohne vorgängige Desinfektion an seine Angestellten weitergab, woraufhin vier Arbeiterinnen an Milzbrand erkrankten und starben.[1175] Das Verhalten des Unternehmers erscheint *ex ante* unwertig, weil der Inhaber davon ausgehen musste, dass er durch die Abgabe von nicht desinfizierten Ziegenhaaren an seine Angestellten das Risiko für ihre Gesundheit im Vergleich zum vorgeschriebenen Verhalten erhöht.[1176] Aus diesem Grund will *Roxin* hier die Schaffung eines missbilligten Risikos bejahen. Ergebe sich *ex post*, dass die vorgeschriebene Desinfektionsmethode die Krankheitserreger nicht abgetötet hätte, so erscheine das Verhalten nachträglich nicht als Risikoerhöhung, weshalb ihm der Erfolg mangels Verwirklichung des *unerlaubten* Risikos nicht zugerechnet werden könne.[1177]

286 Bei näherem Hinsehen wird aber deutlich, dass sich der Ziegenhaarfall nicht nur darin vom Weichenstellerfall unterscheidet, dass das bedrohte Rechtsgut im Weichenstellerfall bereits *ex ante* hoffnungslos verloren erscheint, im Ziegenhaarfall hingegen nicht. Abweichend ist auch das hypothetische Alternativverhalten, anhand dessen die Risikoerhöhung bestimmt wird: Im Weichenstellerfall wird er tatsächliche Geschehensverlauf mit einer Hypothese verglichen, in der Weichensteller die Weiche nicht umstellt. Im Ziegenhaarfall wird hingegen ein hypothetischer Sachverhalt zugrunde gelegt, in dem die Ziegenhaare vorschriftsgemäss desinfiziert wurden, und nicht einer, in dem auf die Weitergabe der Ziegenhaare verzichtet wurde. Würde man im Ziegenhaarfall von einer dem Weichenstellerfall entsprechenden

1173 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 58 ff. (ebenso bei *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 58).

1174 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 74 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 74).

1175 Siehe RGSt 63, 211 f.

1176 In diese Richtung, *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 74; *Schünemann,* JA 1975, 654; zu den Einschränkungen der *ex ante* Beurteilung, *Stratenwerth,* FS Gallas, 229; ferner *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 46 f., 154 f. und *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 140 ff.

1177 *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 74 mit Hinweis auf u.a. *ders.,* ZStW 74 (1962), 411 ff., 439.

Hypothese ausgehen, so wäre der Zurechnungsausschluss auch *ex post* zu verneinen: Hätte der Inhaber der Pinselfabrik die nicht desinfizierten Ziegenhaare nämlich nicht zur Verarbeitung an seine Angestellten weitergegeben, so hätten sie sich nicht mit Milzbrand infiziert. Auf die Frage, welche Bedeutung die Bildung der Hypothese für die dogmatische Funktion der besagten Zurechnungsgesichtspunkte hat, wird in Zusammenhang mit der «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» zurückzukommen sein.[1178]

3. Rechtlich nicht relevante und erlaubte Risiken

287 Allgemein anerkannt sind sodann die Fallgruppen der rechtlich nicht relevanten, sozialadäquaten und erlaubten Risiken. Uneinheitlich sind aber die zur Umschreibung dieser Fallgruppen verwendeten Begrifflichkeiten.[1179] Nach der herrschenden Meinung fehlt es an der Schaffung eines unerlaubten Risikos zunächst dann, wenn die beschuldigte Person kein über die allgemeinen Lebensrisiken hinausgehendes, rechtlich relevantes Risiko geschaffen hat.[1180] Von rechtlich irrelevanten «allgemeinen Lebensrisiken» werden teilweise die Fälle des «erlaubten Risikos» abgegrenzt.[1181] Einige Autor:innen behandeln allgemeine Lebensrisiken und erlaubte Risiken unterschiedslos als rechtlich nicht relevante Risiken.[1182] Wiederum andere Autoren schliessen die Zurechnung gewisser Risiken auch unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz aus,[1183] welcher sich sowohl mit dem «Fehlen einer rechtlich relevanten Gefahrschaffung» als auch mit dem «erlaubten Risiko» überschneidet.[1184] Auch wenn die jeweiligen Begriffe unterschiedlich hergeleitet werden und es bisweilen nicht abschliessend geklärt ist, wie sie voneinander abzugrenzen sind,[1185] ist die Existenz dieser Zurechnungskriterien im Kern weitgehend anerkannt.

1178 Siehe unten N. 417 ff.

1179 Vgl. dazu auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 26 f.; *Vogler,* AJP 2020, 740.

1180 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 55 ff.; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten 386 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 35; dazu eingehend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 153 ff.

1181 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 56 ff.

1182 So *Seelmann/Geth*[6], N. 113 (ebenso *Geth*[7], N. 113); ferner S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 93; ablehnend *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 10 f.

1183 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 87; *Seelmann/Geth*[6], N. 113 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 113); *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 36; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], 268; differenzierend aber *Riklin,* AT[3], § 13 N. 44 und *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 137.

1184 Zur sozialen Adäquanz und deren Überschneidung mit dem erlaubten Risiko *Welzel,* ZStW 58 (1939), 517 ff.; mit abweichendem Verständnis Maiwald, FS Jescheck, 408.

1185 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 67; zum unklaren Verhältnis zwischen der Sozialadäquanz und dem erlaubten Risiko LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 53.

288 Nachfolgend wird im Anschluss an *Roxin* zwischen der rechtlich nicht relevanten Risikoschaffung (a.) und der erlaubten Risikoschaffung (b.) unterschieden. Die sozialadäquate Risikoschaffung wird nicht selbstständig, sondern im Kontext der eben genannten Zurechnungsgesichtspunkte erläutert. Nach *Welzels* Verständnis der Sozialadäquanz dürfte der Begriff der sozialadäquaten Risikoschaffung wohl als Überbegriff für die rechtlich nicht relevante und die erlaubte Risikoschaffung dienen, zumal er das «erlaubte Risiko» als Unterfall der Sozialadäquanz betrachtete.[1186] *Roxin* nimmt hingegen an, dass die Zurechnungsgesichtspunkte der fehlenden rechtlich relevanten und der erlaubten Risikoschaffung im Vergleich zur Sozialadäquanz exaktere methodische Instrumente seien und die Sozialadäquanz somit als Rechtsfigur überflüssig machten.[1187] Wiederum andere Autor:innen gehen davon aus, dass die sozialadäquate Risikoschaffung einen Unterfall oder gar den Sachgrund des erlaubten Risikos darstelle.[1188]

a. Fehlende rechtlich relevante Risikoschaffung

289 Nach *Roxin* ist eine Zurechnung zum objektiven Tatbestand dort abzulehnen, wo die beschuldigte Person das Risiko einer Rechtsgutsverletzung nicht in rechtlich beachtlicher Weise erhöht, beispielsweise indem sie völlig alltäglichen, gemeinhin ungefährlichen Tätigkeiten nachgeht. Die mit solchen Tätigkeiten verbundenen sozialadäquaten Minimalrisiken würden vom Recht vernachlässigt, weshalb es auch dann an einem deliktstypischen Verhalten fehle, wenn eine solche Tätigkeit ausnahmsweise eine Rechtsgutsverletzung verursache.[1189] Zu denken sei hierbei an jede andere Veranlassung Dritter zu «normalen, rechtlich irrelevanten Lebensbetätigungen», wie etwa im sog. Gewitterfall, bei dem die beschuldigte Person eine andere (nicht urteilsfähige)[1190] Person trotz eines heraufziehenden Gewitters zu einem Spaziergang überredet, woraufhin diese durch einen Blitzschlag zu Tode

1186 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 517 ff.; dazu vorne 80.

1187 *Roxin,* FS Klug, 310 ff.

1188 *Jakobs,* AT², 7/36 f.; *Maiwald,* FS Jescheck, 409.

1189 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 55 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 55).

1190 Bei einer urteilsfähigen und voll eigenverantwortlich handelnden Person, die sich in Kenntnis der – wenn auch statistisch geringen – Gefahr während eines Gewitters nach draussen begibt, läge es nahe, den Fall über den spezifischeren Zurechnungsgesichtspunkt der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zu lösen. Bildet man das Beispiel hingegen mit einer nicht urteilsfähigen Person, so ist dieser Lösungsweg abgeschnitten. Siehe dazu *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 187, 190 f.; *Mitsch,* JZ 2018, 1036.

kommt.[1191] Der Grund für den Ausschluss der objektiven Zurechnung ist demnach in der allgemein äusserst geringen Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes zu sehen.[1192]

290 Das Zurechnungsprinzip der Risikoschaffung bzw. -erhöhung soll nach *Roxin* im Wesentlichen dem der Adäquanztheorie und dem Prinzip der objektiven Bezweckbarkeit entsprechen.[1193] Beides kann jedoch nicht richtig sein: Die Adäquanz wird nach heute fast einhelliger Auffassung anhand eines objektivierten *ex ante*-Massstabs beurteilt.[1194] Demgegenüber ist nach *Honig* bei der objektiven Bezweckbarkeit auf eine *ex post*-Betrachtung abzustellen.[1195] Wie bereits erwähnt, soll die Risikoschaffung nach h.M. anhand eines *ex ante*-Massstabes beurteilt werden,[1196] was dafür spricht, dass das Zurechnungsprinzip eher jenem der Adäquanztheorie als jenem der objektiven Bezweckbarkeit entspricht. Der Begriff der Adäquanz ist dabei im Anschluss an *Engisch* als adäquate Gefahrschaffung zu verstehen, die sich noch nicht auf die adäquate Verursachung des konkreten Erfolges bezieht.[1197]

291 Zu erinnern ist dabei daran, dass der Adäquanzmassstab von *Engisch* sehr weit gefasst wird, indem er bereits eine «Wahrscheinlichkeitsbeziehung geringen Grades» genügen lässt und die Adäquanz bejahen will, wenn der Eintritt eines Erfolgs «als nicht schlechthin unwahrscheinliche Folge» eines Verhaltens zu erwarten ist.[1198] Der Grund hierfür erscheint durchaus nachvollziehbar: Der weite Massstab will verhindern, dass seltene, aber gewollte Verläufe ausgeklammert werden. Darin liegt aber, wie *Seher* zutreffend anmerkt, eine erhebliche Ausweitung des ursprünglichen Gedankens der Adäquanz, denn ein nicht schlechthin unwahrscheinlicher Verlauf sei nicht dasselbe wie ein Verlauf, in welchem dem Verhalten der beschuldigten Person

1191 *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 267; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 55 An einer rechtlich relevanten Gefahrschaffung soll es nach *Roxin/Greco* ferner dann fehlen, wenn eine bestehende Gefahr für ein Rechtsgut nur auf unmessbare Weise vergrössert wird, beispielsweise indem bei Hochwasser ein Eimer Wasser in einen den Damm durchbrechenden Fluss geschüttet wird.

1192 *Kühl,* AT[8], §4 N. 47; *Roxin,* GS Armin Kaufmann, 238.

1193 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 56 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 56).

1194 Siehe dazu *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 40 m.w.N.; zur Entwicklung des objektivierten ex ante-Adäquanzmassstabs durch *Traeger,* siehe oben N. 82 f.

1195 *Honig,* FS Frank, 185 f. mit Hinweis auf *v. Liszt,* Lehrbuch[19], 135 f.

1196 Zu den Nachweisen oben N. 234 mit Fn. 985.

1197 Den konkreten Erfolg berücksichtigt *Engisch,* Kausalität, 61 erst im Rahmen eines zweiten Adäquanzurteils, das aber eher der Stufe der Risikoverwirklichung entspricht. Dazu auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 93 ff.

1198 *Engisch,* Kausalität, 45 f.; kritisch *Seher,* Zurechnung, 378 f.

eine nach probabilistischen Massstäben belegbare Tendenz zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges innewohne.[1199]

292 Dass nun auch bei der rechtlich relevanten Risikoschaffung bereits ein ganz geringer Grad der Tendenz zur Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolges ausreicht, zeigt sich am vieldiskutierten Erbonkelfall, bei dem der Neffe seinen Onkel zu einer Flugreise überredet in der Hoffnung, das Flugzeug werde abstürzen.[1200] Während ein beachtlicher Teil der Literatur beim oben genannten Gewitterfall oftmals bereits die Schaffung einer rechtlich relevanten Gefahr verneint,[1201] wird dies beim Erbonkelfall hingegen offenbar bejaht: Dieser Fall wird in der Regel erst als Frage des erlaubten Risikos diskutiert,[1202] was insofern erstaunt, als die statistische Wahrscheinlichkeit eines Flugzeugabsturzes heute äusserst gering ist[1203] und deshalb kaum sinnvoll von der statistischen Gefahr, im Freien von einem Blitz getroffen zu werden, abgegrenzt werden kann.[1204] Sieht man in Verhaltensweisen die Schaffung einer rechtlich relevanten Todesgefahr, bei denen die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes statistisch deutlich unter 0,00001% liegt,[1205] so wird das Kriterium, dessen Aufgabe in der Ausgrenzung von Zufällen besteht, *ad absurdum* geführt.

1199 *Seher,* Zurechnung, 378 f.

1200 Vgl. dazu *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 267

1201 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 55; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 267.

1202 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 48; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 68; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 268; vgl. aber *Seelmann/Geth*[6], N. 113, die bereits die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos ablehnen (ebenso *Geth*[7], N. 113). Teilweise wird der Erbonkelfall (ergänzend) auch als Frage der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung behandelt, so etwa *Freund,* JuS, 1997, 333; *Kretschmer,* Jura 2000, 276; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 92 f., kritisch *Puppe,* AT[4], § 6 N. 2 mit Fn. 1.

1203 Vgl. IATA Safety Fact Sheet. Bei 41,8 Millionen erfassten Flügen im Jahr 2017 und sechs tödlichen Unfällen, liegt die Wahrscheinlichkeit eines tödlich ausgehenden Flugunfalles ungefähr bei 1:6›900›000. Die Unfallrate variiert aber je nach Flugzeugtyp, so ist die Unfallwahrscheinlichkeit bei Turboprop-Flugzeugen knapp 10 Mal höher als bei düsenbetriebenen Flugzeugen. Dem älteren Schrifttum ist zugutezuhalten, dass die Wahrscheinlichkeit eines Flugzeugabsturzes um die Mitte des 20. Jahrhunderts noch erheblich höher gewesen sein dürfte.

1204 Zu beachten ist nämlich, dass bei Letzterem die für die Berechnung der Wahrscheinlichkeit notwendige Datengrundlage gar nicht erfasst werden kann. Das statistische Bundesamt in Deutschland erhebt zwar, wie viele Personen jährlich Opfer eines Blitzschlages werden, nicht erfasst werden kann aber, wie viele Personen sich während eines Jahres während eines Gewitters im Freien befunden haben. Stellt man die Blitztoten deshalb etwa in ein Verhältnis zur deutschen Gesamtbevölkerung, so wird die Aussage verzerrt, weshalb sie nicht mehr mit der statistischen Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Flugunfalles vergleichbar ist. Um die Aussagen vergleichen zu könne, müsste man deshalb auch bei den Flugunfällen auf die Unfalltoten abstellen und diese mit der Weltbevölkerung abgleichen, was im Ergebnis zu sehr ähnlichen, wenn auch keineswegs aussagekräftigen Wahrscheinlichkeitsangaben führen würde.

1205 Siehe oben N. 292 Fn. 1194.

293 In Teilen der Literatur wird deshalb hinterfragt, ob sich die so verstandene fehlende rechtlich relevante Risikoschaffung überhaupt sinnvoll vom erlaubten Risiko unterscheiden lasse und ob dem Kriterium der Risikoschaffung überhaupt noch eine selbstständige Existenzberechtigung zukomme.[1206] Die Zweifel erscheinen durchaus berechtigt, zumal der Massstab für die Bestimmung des rechtlich relevanten Risiko offensichtlich zu weit gefasst ist. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass hier mit einem weit gefassten Adäquanzmassstab operiert wird, bei dem letztlich allzu sehr von den im Einzelfall tatsächlich vorliegenden Umständen abstrahiert wird, indem danach gefragt wird, ob ein Verhalten nach allgemeiner Lebenserfahrung dazu geeignet ist, einen tatbestandsmässigen Erfolg herbeizuführen. Ob ein Verhalten im Allgemeinen mit dem Risiko einer Erfolgsherbeiführung verbunden ist, sagt aber noch nichts über die Gefährlichkeit eines Verhaltens im Einzelfall aus. Die Schwierigkeiten werden zusätzlich durch die von der herrschenden Meinung vertretene objektivierte *ex ante*-Beurteilungsperspektive verschärft, die es zulässt, dass objektiv gegebene, aber in der Situation *ex ante* nicht erkennbare Umstände unberücksichtigt bleiben. Eine zweckmässige Feststellung darüber, ob im Einzelfall ein hinreichend erhebliches Risiko geschaffen wurde, liesse sich nur durch eine objektive Beurteilung treffen, bei der sämtliche *ex post* ermittelbaren und im Tatzeitpunkt gegebenen Umstände berücksichtigt werden.[1207]

b. Erlaubtes Risiko

294 Nach verbreiteter Auffassung ist die Zurechnung auszuschliessen, wenn das geschaffene Risiko den Rahmen des «erlaubten Risikos» nicht überschreitet.[1208] Ein Teil der Lehre will diesen Zurechnungsgesichtspunkt auf das Fahrlässigkeitsdelikt beschränken,[1209] wo er aber oftmals im Erfordernis der Sorgfaltspflichtverletzung aufgeht.[1210] Wie bereits erwähnt, ist die in Zusammenhang

1206 Vgl. etwa *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung 205; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 67.

1207 Dazu bereits oben N. 244 ff.

1208 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 65 ff.; *ders.,* FS Honig, 138 ff.; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 68; *Frister,* AT[8], 10/6; *Kaspar,* AT[2], §5 N. 86 f.; *Kühl,* AT[8], §4 N. 48; *Rengier,* AT[11], §13 N. 51 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 113 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 113); *Stratenwerth,* AT I[4], §9 N. 37 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 268.

1209 *Seher,* Zurechnung, 492 f., 533; ferner *Haas,* Kausalität, 304; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 252 f.; im Ergebnis auch *Kindhäuser,* Gefährdung, 69 ff.; *ders.,* GA 1994, 217; *ders.,* FS Maiwald, 399 ff.; *Maiwald,* FS Jescheck, 411 ff.; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 166 ff.

1210 *Kühl,* AT[8], §17 N. 21a, siehe auch *Murmann,* GK[5], §30 N. 8 f., der darauf hinweist, dass die objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Wesentlichen dem Erfordernis der Schaffung eines missbilligten Risikos entspricht. In diese Richtung auch *Vogler,* AJP 2020, 741 mit Hinweis auf *Kindhäuser,* FS Maiwald, 404.

mit diesem Zurechnungsgesichtspunkt verwendete Terminologie keineswegs einheitlich.[1211] Während in der Literatur die objektive Zurechnung teilweise unter dem Begriff des «erlaubten Risikos» ausgeschlossen wird,[1212] wird andernorts jener des sozialadäquaten Risikos[1213] oder aber eine Kombination beider Begriffe verwendet.[1214] Die Schwierigkeit besteht aber nicht nur darin, dass in der Literatur zur Beschreibung eines Zurechnungsgesichtspunkts verschiedene Begriffe verwendet werden, sondern auch – und vor allem – darin, dass ein und derselbe Begriff unterschiedlich verwendet wird. Dies zeigt sich besonders deutlich beim Begriff des «erlaubten Risikos». Der Begriff kann einmal als Bezeichnung für eine eigenständige Rechtsfigur und einmal als reiner Formalbegriff verstanden werden.[1215] Nach dem letztgenannten Verständnis besagt das «erlaubte Risiko» lediglich, *dass* ein bestimmtes Risiko – aus welchen Sachgründen auch immer – erlaubt ist.[1216] Von einem erlaubten Risiko kann dann die Rede sein, wenn ein Risiko aus Gründen der Sozialadäquanz, der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt oder aufgrund des Eingreifens eines besonderen Rechtfertigungsgrundes erlaubt ist.[1217] Im Kontext der Lehre der objektiven Zurechnung wird der Begriff des «erlaubten Risikos» aber in der Regel spezifischer verwendet. Der Begriff bezieht sich hier nicht auf alle beliebigen Risikoschaffungen, die im Ergebnis erlaubt sind, sondern auf solche, die aufgrund ihres überwiegenden sozialen Nutzens erlaubt sein müssen.[1218] Das erlaubte Risiko wird deshalb hier als eigener Grund für den Ausschluss der objektiven Zurechnung angesehen, der auf einer Interessenabwägung beruht.[1219]

295 Das erlaubte Risiko als Gesichtspunkt der Lehre der objektiven Zurechnung soll nachfolgend näher beleuchtet werden. Obwohl es in diesem Teil an sich um die heutige Lehre der objektiven Zurechnung geht, soll zunächst kurz die Entwicklung des erlaubten Risikos rekapituliert werden (aa.). Diese

---

1211 Siehe oben N. 287.

1212 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 65 ff.; ferner *Eisele/Heinrich,* AT, N. 158; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 48; in diese Richtung auch *Frister,* AT[8], 10/6, der von «[a]ufgrund überwiegender Interessen generell erlaubte[n] Risiken» spricht.

1213 Vgl. *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 10, der einen entsprechenden Zurechnungsausschluss aber ablehnt.

1214 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 68; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 86 f.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 51 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 113 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 113); *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 37 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], 268

1215 Vgl. *Maiwald,* FS Jescheck, 409

1216 *Maiwald,* FS Jescheck, 409; ähnlich wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger*[49], 268.

1217 Vgl. *Maiwald,* FS Jescheck, 411 ff.; vgl. auch *Duttge,* FS Maiwald, 137 ff.

1218 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 66; vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/35. *Kühl,* AT[8], § 4 N. 48

1219 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 66; *Frister,* AT[8], 10/6; *Jakobs,* AT[2], 35.

Vorgehensweise wird gewählt, weil sie dazu beiträgt die gegenwärtig bestehenden terminologischen Schwierigkeiten besser zu verstehen. Anschliessend ist die Begründung des Zurechnungsausschlusses bei der Schaffung eines erlaubten Risikos im Rahmen der Lehre der objektiven Zurechnung zu untersuchen (bb.). Nicht übergangen werden soll schliesslich die praktisch wichtige Fragestellung, anhand welcher Kriterien das erlaubte Risiko zu bemessen ist (cc.).

aa) Entstehung des «erlaubten Risikos»

296 Die Geburtsstunde des Gedankens des erlaubten Risikos wird gemeinhin in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts – und damit rund ein Jahrhundert vor der Entstehung der «neueren» Lehre der objektiven Zurechnung – verortet.[1220] Anstoss für die Entwicklung der Lehre des erlaubten Risikos gab die Industrialisierung und der damit verbundene technologische Fortschritt.[1221] Neue Technologien wie etwa das Automobil oder mechanisierte Industrieanlagen brachten auch neue Gefahren mit sich, die nicht vollständig vermieden werden konnten.[1222] Da die Verwendung solcher Technologien aber trotz der damit verbundenen Risiken gesellschaftlich gebilligt oder gar erwünscht war, stellte sich für die Strafrechtswissenschaft die Frage, wie denn die statistisch vorhersehbare Verwirklichung solcher Risiken zu behandeln sei.[1223] Dass diese Fragestellung seither keineswegs an Bedeutung verloren hat, sondern sich vor allem die in Frage stehenden Technologien gewandelt haben, zeigen etwa die aktuellen Diskussionen um Schäden, die durch selbstfahrende Fahrzeuge herbeigeführt werden.[1224]

297 Wie zuvor bereits erwähnt, setzte sich *Ludwig v. Bar* im Rahmen seiner im Jahr 1871 erschienenen Abhandlung zur «Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte» als Erster mit der Frage des erlaubten Risikos auseinander.[1225] Dabei dachte er neben den gewerblichen oder industriellen Tätigkeiten, die allenfalls Risiken mit sich bringen können, auch an andere Fallkonstellationen,

1220 Siehe dazu etwa *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 29 ff.

1221 *Hurtado Pozo,* N. 530; *Stratenwerth,* AT I⁴, § 9 N. 38; *Zurkinden,* recht 2016, 146; vgl. aber *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 16, der darauf hinweist, dass die Fälle des erlaubten Risikos freilich nicht erst mit dem technischen Fortschritt der Neuzeit entstanden sind.

1222 *Stratenwerth/Wohlers,* Art. 12 N. 11; *Zurkinden,* recht 2016, 146 f.

1223 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 14; *Preuß*, Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 15.

1224 Siehe dazu nur *Zurkinden,* recht 2016; 144 ff.

1225 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 11 ff.; so auch Rehberg, Lehre vom erlaubten Risiko, 21 f. und *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 32 f.

wie etwa die Durchführung einer Notoperation.[1226] Mit Blick auf die Entwicklung des erlaubten Risikos ist dies beachtenswert, weil daran ersichtlich wird, dass unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos historisch eine grössere Anzahl von Fallgruppen diskutiert wurde, als dies heute im Rahmen der objektiven Zurechnung der Fall ist.[1227] Ausgehend von seinem Kausalitätsbegriff, der gemeinhin als Vorläufer der Adäquanztheorie angesehen wird,[1228] erwog *v. Bar,* dass nicht jede vorhersehbare Herbeiführung eines Erfolges eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen könne.[1229] *V. Bars* Lösung bestand darin, dass gewerblichen Betätigungen, die «einem regelmässigen Bedürfnisse unseres Lebens entsprechen», nicht als Ursache eines herbeigeführten Erfolges gelten sollten, sofern ein solcher trotz der Einhaltung «regelrechter Vorsichtsmassregeln» eintritt.[1230] Die systematische Einordnung des Gedankens bei der Kausalität erscheint aus heutiger Sicht offenkundig verfehlt. Bedenkt man aber, dass die Entstehung des erlaubten Risikos dogmengeschichtlich in die Epoche des Naturalismus fällt, in welcher der Kausalzusammenhang den Dreh- und Angelpunkt des Straftatsystems bildete,[1231] erscheint dies eher nachvollziehbar.

298 Andere Autor:innen brachten den Gedanken des erlaubten Risikos hingegen früh mit der Fahrlässigkeit als Schuldform in Verbindung.[1232] So definierte etwa *v. Hippel* die Fahrlässigkeit als «pflichtwidrige Unvorsichtigkeit», die er anhand eines objektivierten und individualisierten Massstabes prüfte.[1233] Als massgebend für den objektivierten Sorgfaltsmassstab bezeichnete er im Anschluss an § 276 BGB die «im Verkehr erforderliche Sorgfalt».[1234]

1226 v. *Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 13 f.

1227 Siehe zu den unterschiedlichen Fallgruppen *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 20 ff.; vgl. auch *Maiwald,* FS Jescheck, 411 ff.

1228 So *v. Kries,* VWPh 12 (1888), 238 ff.; ferner *Gimbernat Ordeig,* Inadäquate Handlungen, 33 m.w.N (=Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, 27).

1229 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 13 ff.

1230 *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 14.

1231 Dazu oben N. 75 ff. Zu beachten ist aber, dass *v. Bars* Abhandlung zur Kausalität nicht auf der Grundlage des klassischen Verbrechenssystems verfasst wurde, das erst um die Wende zum 20. Jahrhundert entstand (dazu oben N. 69 ff.). *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 32 weist darauf hin, dass *v. Bar* die Problematik «vom Boden der Imputationslehre» aus erörtert habe. Mit den naturrechtlichen Imputationslehren hatte die hier gemeinte «Imputationslehre» aber kaum noch etwas gemeinsam; sie erscheint vielmehr als systematisch noch weniger gefestigter Vorläufer des klassischen Systems.

1232 Vgl. *v. Hippel,* VDA III, 568 Fn. 3.; *ders.,* Verbrechen, 361 f.; *Mezger,* Lehrbuch^{3}, 349 ff.; *Frank,* Strafgesetzbuch^{18}, 194.

1233 *V. Hippel,* VDA III, 565 ff.

1234 *V. Hippel,* VDA III, 569.

Obwohl gewisse Tätigkeiten auch bei sorgfältiger Ausübung mit teilweise erheblichen Gefahren verbunden seien, können solche «verkehrsmäßigen Gefahren» nach seiner Auffassung niemals Fahrlässigkeit begründen.[1235]

299 In Teilen der Literatur wurde beim Vorliegen eines erlaubten Risikos hingegen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen.[1236] Dieser Auffassung lag die Annahme zugrunde, dass sozial nützliche Verhaltensweisen vom Gesetz gestattet seien, weshalb die in Verrichtung einer solchen Tätigkeit herbeigeführten Verletzungen gar nicht erst rechtswidrig sein könnten.[1237] Einige Autor:innen wiesen dabei ausdrücklich darauf hin, dass dies unabhängig von einem allfällig vorhandenen Vorsatz gelten müsse.[1238]

300 Im Rahmen seiner Untersuchungen zu Vorsatz und Fahrlässigkeit aus dem Jahr 1930 erörtere *Engisch* das erlaubte Risiko im Kontext des Fahrlässigkeitsdelikts. Abweichend vom damals gängigen Verständnis verwendete er den Begriff der Sorgfalt nicht in einem psychologischen Sinn,[1239] sondern unterschied zwischen *innerer und äusserer Sorgfalt*.[1240] Obwohl *Engisch* die Fahrlässigkeit mit der damals vorherrschenden Auffassung als Schuldform betrachtete, ordnete er die äussere Sorgfalt bereits der Tatbestandsmässigkeit zu.[1241] Beim Handlungsdelikt bestehe äussere Sorgfalt in erster Linie in der *Unterlassung gefährlicher Handlungen*.[1242] Soweit gefährliche Handlungen aber im Rahmen des erlaubten Risikos gestattet seien, müsse die besondere Berechtigung zur Vornahme der Handlung den Vorwurf mangelnder Sorgfalt entfallen lassen.[1243] *Engisch* erachtete das erlaubte Risiko somit als negatives Tatbestandsmerkmal. Bemerkenswerterweise sollte dieses – trotz der Behandlung in Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit – bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten gleichermassen zur Anwendung kommen.[1244] Damit

1235 *V. Hippel,* Verbrechen, 361 f.; *ders.,* VDA III, 568 Fn. 3.

1236 *Rümelin,* AcP 90 (1900), 219; *Torp,* ZStW 23 (1903), 87 ff.; *Dohna,* ZStW 32 (1911) 323 ff.; widersprüchlich aber *Binding,* Normen IV, 432 ff., der innerhalb weniger Seiten einmal klar zugunsten einer Einordnung bei der Rechtswidrigkeit (432 Fn. 1) und einmal klar für die gegenteilige Position (435 Fn. 5) Stellung bezieht. Dazu auch *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 34 ff.; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 33 ff.

1237 *Torp,* ZStW 23 (1903), 90; *Dohna,* ZStW 32 (1911), 327 Fn. 10; dazu auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 31 f.

1238 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 35; in diese Richtung bereits *Rümelin,* AcP 90 (1900), 219 f. In diese Richtung geht auch BGE 117 IV 58 E. 2b f.

1239 In der damaligen Literatur wurde der Begriff der Sorgfalt überwiegend im Sinne von Aufmerksamkeit verstanden. So etwa bei *Radbruch,* ZStW 24 (1904), 345.

1240 *Engisch,* Untersuchungen, 269 ff., 278 ff.

1241 *Engisch,* Untersuchungen, 344 f. sowie 278 mit Fn. 43.

1242 *Engisch,* Untersuchungen, 283 ff.

1243 *Engisch,* Untersuchungen, 285 ff.; vgl. auch *Exner,* Fahrlässigkeit, 193 ff.

1244 *Engisch,* Untersuchungen, 347 f.

stand *Engischs* Auffassung denjenigen Auffassungen näher, die beim erlaubten Risiko die Rechtswidrigkeit verneinten, als denjenigen, die das erlaubte Risiko auf der Schuldebene als Frage der Fahrlässigkeit behandelten.[1245]

301 Aus den vorangegangenen Ausführungen wird bereits ersichtlich, dass in der Diskussion um das erlaubte Risiko bereits früh verschiedene Wege eingeschlagen wurden. Die den unterschiedlichen Lösungsansätzen zugrundeliegenden Überlegungen lagen aber nicht weit auseinander: Allen ist die Annahme gemein, dass die Verwirklichung des bei der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften verbleibenden Restrisikos keine strafrechtliche Haftung begründen soll.[1246]

302 Die von *Welzel* entfaltete finale Handlungslehre wirkte sich gleich in zweierlei Hinsicht auf die Diskussion um das erlaubte Risiko aus: Erstens führte der Umbau des Straftatsystems mitunter dazu, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt das Erfordernis der (objektiven) Sorgfaltspflichtverletzung auf die Ebene der Tatbestandsmässigkeit vorverlagert wurde.[1247] Dadurch erschien das erlaubte Risiko jetzt auch bei dem an die Fahrlässigkeit anknüpfenden Lösungsansatz als Problem der Tatbestandsmässigkeit.[1248] Die Auffassung, die das erlaubte Risiko auf der Ebene der Schuld verorten wollte, verlor damit an Bedeutung.[1249] Zweitens ging mit der Entwicklung der finalen Handlungslehre auch die Erfindung der Lehre der Sozialadäquanz einher.[1250] Anhand der Sozialadäquanz wollte *Welzel* bei der Herbeiführung eines Erfolges durch Verhaltensweisen, die «völlig im Rahmen der ‹normalen› geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens» liegen, zunächst bereits die Tatbestandsmässigkeit ausschliessen.[1251] Nach *Welzel* war das erlaubte Risiko lediglich als Unterfall der sozialen Adäquanz anzusehen, das sich lediglich durch

1245 *Engisch,* Untersuchungen, 266 ff. bezeichnete das erlaubte Risiko selbst als Unrechtsausschliessungsgrund, ordnete es – ausgehend von einem zweistufigen Verbrechensaufbau – aber systematisch als negatives Tatbestandsmerkmal auf der Ebene des Tatbestandes ein. Vgl. auch Rehberg, Lehre vom erlaubten Risiko, 24.

1246 So schon *v. Bar,* Lehre vom Causalzusammenhange, 12 ff.; deutlich *Engisch,* Untersuchungen, 285 ff.; siehe aber *Zurkinden,* recht 2016, 147, die diesen Gedanken mit Hinweis auf Stratenwerth, AT I[4], § 9 N. 38 erst mit Welzels Lehre der Sozialadäquanz in Verbindung bringt.

1247 Dazu eingehend oben N. 115 f. und N. 117 ff.

1248 *Welzel,* Strafrecht[11], 132.

1249 Siehe aber *Roeder,* Sozialadäquates Risiko, 94, der sich im Jahr 1969 für die Einordnung des erlaubten Risikos auf der Ebene der Schuld aussprach.

1250 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 517 ff.

1251 *Welzel,* Strafrecht[11], 55; ähnlich bereits *ders.,* ZStW 58 (1939), 517 und 558. Zu beachten ist, dass *Welzel* selbst die Sozialadäquanz zwischenzeitlich auch als gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigungsgrund auf der Rechtfertigungsebene verorten wollte. Dazu oben N. 126.

den Grad der Gefährdung von anderen sozialadäquaten Verhaltensweisen unterscheide.[1252] Wie bereits erwähnt, hatte die Sozialadäquanz im finalistischen Straftatsystem einen unsicheren Stand, was sich nicht zuletzt an ihrer unklaren und wechselnden systematischen Einordnung zeigte.[1253] Daher hat die Sozialadäquanz ihre Bedeutung als eigenständige Rechtsfigur weitgehend verloren – sofern sie je eine hatte.

303 Auch das Verständnis des erlaubten Risikos als eigenständige Rechtsfigur wurde zunehmend in Frage gestellt.[1254] So gelangte etwa *Rehberg* in seiner 1962 erschienenen Dissertation zum erlaubten Risiko zum Ergebnis, dass dieses nicht als eigenständige Rechtsfigur anzusehen sei, sondern als Frage der Sorgfaltswidrigkeit.[1255] Auch *Kienapfel* und *Preuß* gelangten in ihren Untersuchungen zum Ergebnis, dass der Gedanke des erlaubten Risikos keinen eigenständigen Tatbestandsausschluss- oder Rechtfertigungsgrund begründe, sondern im Rahmen der bestehenden Instrumente, namentlich bei der Bemessung der Sorgfalt oder bestehenden Rechtfertigungsgründen, zu berücksichtigen sei.[1256] Nach *Preuß* handelt es sich beim erlaubten Risiko lediglich um einen «zusammenfassenden Begriff für eine mehrfach auftretende normative Struktur».[1257]

304 Mit *Roxins* Grundlegung der «neueren» Lehre der objektiven Zurechnung, in der er die Steigerung des erlaubten Risikos als Kriterium der objektiven Zurechnung bezeichnete, gewann der Gedanke des erlaubten Risikos allmählich wieder an Bedeutung bei der Bestimmung der objektiven Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens.[1258] Indem die Lehre der objektiven Zurechnung aber für gewisse Fälle, die herkömmlich noch unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos diskutiert wurden, spezifischere Zurechnungs-

1252 *Welzel,* ZStW 58 (1939), 518; vgl. auch *Maiwald,* FS Jescheck, 408.

1253 Dazu oben N. 123 ff., insb. 127.

1254 *Rehberg,* Lehre vom erlaubten Risiko, 239; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 225 ff.; siehe aber *Jescheck,* AT[1], 263 ff., der im erlaubten Risiko einen Rechtfertigungsgrund sah. *Jescheck,* AT[4], 360 gab seine frühere Auffassung jedoch auf und vertrat nunmehr die Auffassung, dass das erlaubte Risiko kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, sondern ein Strukturprinzip sei. Ebenso *Jescheck/Weigend,* AT[5], 401.

1255 *Rehberg,* Lehre vom erlaubten Risiko, 234 ff.; *Kienapfel,* Das erlaubte Risiko, 28 f.

1256 *Kienapfel,* Das erlaubte Risiko, 28 f.; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 226 ff.

1257 *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 225 f.; zustimmend *Maiwald,* FS Jescheck, 425.

1258 *Roxin,* FS Honig, 138; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 66 f.; ferner *Frister,* AT[8], 10/6; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 86 f.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 48; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 51 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 113 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 113); *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 37 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 268.

gesichtspunkte entwickelte – wie namentlich die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung[1259] –, erhielt das erlaubte Risiko einen etwas klarer konturierten Anwendungsbereich.

bb) *Begründung des «Erlaubten Risikos»*

305 Aus der allgemeinen Handlungsfreiheit folgt, dass prinzipiell nicht das Erlauben, sondern das Verbieten (oder Gebieten) von Verhaltensweisen legitimierungsbedürftig ist.[1260] Verboten werden können Verhaltensweisen durch die den Verletzungsdelikten zugrundeliegenden Verhaltensnormen aber dann, wenn sie mit *nicht mehr tolerierbaren Risiken* für das geschützte Rechtsgut verbunden sind.[1261] Wird die Schaffung *rechtlich relevanter Risiken* prinzipiell als nicht mehr tolerierbar und somit durch Verletzungsdelikte verboten angesehen, so bedarf es einer besonderen Begründung, wenn Verhaltensweisen, die mit einer solchen Risikoschaffung verbunden sind, gleichwohl gestattet werden sollen.[1262] Einige Stimmen in der Literatur wählen hingegen eine andere Vorgehensweise, indem sie die *Missbilligung* von Risiken positiv begründen.[1263]

i) *Interessenabwägung*

306 Der Ausschluss der objektiven Zurechnung aufgrund fehlender Überschreitung des erlaubten Risikos wird in der Literatur oftmals damit begründet, dass bestimmte Verhaltensweisen trotz ihres erhöhten Restrisikos aufgrund ihrer «allgemeinen Nützlichkeit»[1264] oder den «überwiegenden Interessen des Gemeinwohls»[1265] gleichwohl erlaubt sein müssen. Im Gegensatz zur Interessenabwägung des rechtfertigenden Notstandes soll jene des erlaubten Risikos aber nicht auf den konkreten Einzelfall bezogen sein.[1266] Beim erlaubten Risiko gehe es nämlich nicht darum, ein prinzipiell nicht tolerierbares Risiko aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall zu gestatten,

1259 Dazu unten N. 446 ff.

1260 So bereits *Rehberg,* Lehre vom erlaubten Risiko 213.

1261 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82.

1262 Die von *Roxin,* FS Honig, 138 ff.; ders., AT I, § 11 N. 65 getroffene Unterscheidung zwischen rechtlich nicht relevanten und erlaubten Risiken ergibt nur im Kontext dieser Annahme Sinn. Vgl. auch *Frister,* AT[8], 10/5 f., der zwischen unerheblichen Risiken und aufgrund überwiegender Interessen generell erlaubten Risiken unterscheidet.

1263 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 90 ff.

1264 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 48; ähnlich *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 139 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 268.

1265 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 66; vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/35.

1266 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 66; *Murmann,* FS Herzberg, 123 ff., 134 ff.; LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 58.

sondern vielmehr um eine Globalabwägung, die bereits den Deliktstyp nicht zur Entstehung kommen lassen soll.[1267] Entscheidend soll also sein, ob die Gestattung einer bestimmten Tätigkeit, etwa der ordnungsgemässen Teilnahme am motorisierten Strassenverkehr, unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken im Allgemeinen dem Interesse des Gemeinwohls entspricht.[1268] Demgegenüber soll nicht entscheidend sein, ob mit einer erlaubten Tätigkeit im Einzelfall hochstehende, also sozial nützliche Ziele verfolgt werden oder nicht. Eine Ausfahrt mit einem Automobil, die aus blosser Langeweile erfolgt oder gar einem verbotenen Zweck dient, sei unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos genauso gestattet wie der notwendige Transport lebenswichtiger Medikamente.[1269] Umgekehrt schafft ein unerlaubtes Risiko, wer bei der Verfolgung eines hochstehenden Ziels, beispielsweise im Rahmen einer halsbrecherischen Rettungsfahrt zu einem Krankenhaus, die Grenze des im Allgemeinen erlaubten Risikos überschreitet.[1270]

307 Unklar bleibt jedoch, was genau mit dem «sozialen Nutzen»[1271], der «allgemeine[n] Nützlichkeit»[1272] oder dem «Interesse des Gemeinwohls»[1273] gemeint sein soll, die gegenüber den mit erlaubten Verhaltensweisen verbundenen Risiken zu überwiegen haben. Klar ist zunächst, dass Risiken für bestimmte Rechtsgüter nicht alleine mit einem unmittelbaren Nutzen im Hinblick auf Rechtsgüter derselben Kategorie saldiert werden können. So kann die Gestattung des motorisierten Strassenverkehrs nicht alleine damit begründet werden, dass dadurch unter dem Strich mehr Leben gerettet als vernichtet werden. Zwar erscheint es auf den ersten Blick plausibel, die Gefährdung der Rechtsgüter Leib und Leben durch Motorfahrzeuge hinzunehmen, um im Gegenzug die Rettung von schwerverletzten Personen durch die Sanitätspolizei oder das zeitige Löschen eines gefährlichen Brandes durch die Feuerwehr zu ermöglichen.[1274] Eine solche Abwägung könnte aber keine umfassende Erlaubnis des Strassen-

1267 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66; präzisierend *Jakobs,* AT[2], 7/35 Fn. 59a.; ferner *Frister,* AT[8], N. 7; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 209, 242; *Mitsch,* JuS 2018, 1164; *Sacher,* Sonderwissen, 143 ff.

1268 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66; dazu auch *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 217 f.

1269 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66 (siehe aber §24 N. 39); ferner *Frister,* AT[8], 10/7; LK[12]-*Rönnau,* vor §32 N. 58.

1270 In diesem Fall käme allenfalls ein rechtfertigender oder entschuldigender Notstand in Betracht.

1271 *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 268.

1272 *Kühl,* AT[8], §4 N. 48.

1273 *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66; vgl. *ferner* Roeder, Sozialadäquates Risiko, 31.

1274 Ein ähnliches Beispiel findet sich bei *Jakobs,* AT[2], 7/35: «Wenn man als Passant vor restlos jeglicher Gefährdung durch Kraftfahrzeuge verschont sein will, kann ein auf dem Dorf wohnender Kranker nicht erwarten, dass der Arzt trotz Glatteisgefahr zur Hausvisite kommt.»

verkehrs legitimieren, sondern eben nur diejenige von Rettungsfahrten. Da das erlaubte Risiko die Teilnahme am Strassenverkehr unabhängig vom im Einzelfall verfolgten Zweck erlauben soll,[1275] muss der den Risiken gegenübergestellte Nutzen notwendigerweise in einem weiteren Sinn verstanden werden.

308 Deshalb spricht vieles dafür, dem Risiko das Interesse an der grösstmöglichen Entfaltung der Handlungsfreiheit gegenüberzustellen.[1276] Der Gedanke, dass das Verbot jeglicher riskanter Verhaltensweisen zu einer unerträglichen Einschränkung der Handlungsfreiheit führen würde und gewisse Risiken aus diesem Grund hingenommen werden müssen, dürfte als allgemein anerkannt anzusehen sein.[1277] Wird das Interesse an der Gewährleistung grösstmöglicher Handlungsfreiheit als Interesse des Gemeinwohls oder als öffentliches Interesse begriffen, so ist darin ein utilitaristischer Begründungsansatz zu sehen.[1278] Unter utilitaristischen Gesichtspunkten wäre die Gewährleistung der Handlungsfreiheit der Vermeidung der mit der sorgfältigen Ausübung der gestatteten Tätigkeiten verbundenen Restrisiken vorzuziehen, weil und soweit dadurch das Glück der Allgemeinheit gesteigert würde.[1279] In der Literatur finden sich zwar regelmässig Wendungen, die auf eine utilitaristische Begründung des erlaubten Risikos hindeuten,[1280] dies wird aber praktisch nie offengelegt.[1281]

309 Die Schwäche eines utilitaristischen Begründungsansatzes liegt darin, dass dadurch die Interessen der durch die erlaubten Risiken potenziell bedrohten Personen denjenigen der Allgemeinheit gegenübergestellt werden.[1282] Indem den Rechtsgütern der potenziell bedrohten Personen die Interessen anderer Personen gegenübergestellt werden, entsteht ein Legitimationsproblem. Ist es bereits beim Notstand nicht gestattet, angesichts einer akuten Gefahr das Leben einer einzelnen Person zugunsten mehrerer Leben anderer zu retten,[1283] so erscheint zweifelhaft, ob hier die Gewährleistung der

1275 *Frister,* AT[8], 10/7; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 66.

1276 *Jakobs,* AT[2], 7/35; MK-*Duttge,* vor § 32 N. 136; *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten 72; *Frister,* AT[8], 10/7; in diese Richtung bereits früh *Torp,* ZStW 23 (1903), 88 ff.; siehe ferner; *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 215.

1277 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 81 f.; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 72.

1278 *Schürer*-Mohr, Erlaubte Risiken, 80, 83 ff.

1279 Referierend *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 81.

1280 So etwa *Roeder,* Sozialadäquates Risiko, 31, der das erlaubte Risiko mit dem überwiegenden öffentlichen Interesse begründen will.

1281 So schon *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 115.

1282 Kritisch auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 106 ff.; MK[3]-*Duttge,* § 15 N. 136 (ebenso MK[4]-*Duttge,* § 15 N. 136).

1283 Anstelle vieler *Stratenwerth,* AT I[4], § 10 N. 45; mit Blick auf den Lebensnotstand bei freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaften abweichend *Coninx,* Lebensnotstand, 275 ff.

Handlungsfreiheit zugunsten vieler die Gestattung von Risiken für das Leben weniger zu legitimieren vermag.[1284] Daran vermag auch der Hinweis nichts zu ändern, dass es beim erlaubten Risiko anders als beim Notstand nicht um eine Abwägung im Einzelfall gehe, sondern um eine Globalabwägung.[1285] Denn letztlich ist es immer die konkrete Risikoschaffung an sich, die dann im Einzelfall wegen der allgemeinen Nützlichkeit als erlaubtes Risiko ausgewiesen und aus dem objektiven Tatbestand ausgeschieden wird.[1286]

310 Überzeugender ist daher eine liberale Begründung, wie sie von *Schürer-Mohr* bislang am detailliertesten ausgearbeitet worden ist, die einen «normativen Konsens» verlangt.[1287] Diese Konzeption verzichtet darauf, die Interessen unterschiedlicher Parteien gegeneinander abzuwägen, sondern verlangt, dass die Gestattung eines Verhaltens trotz der immanenten Risiken von allen Betroffenen um ihrer Vorteile willen vernünftigerweise gewollt ist.[1288] Dieser Begründungsansatz setzt also voraus, dass auch die betroffene Person der Gestattung eines Risikos vernünftigerweise zustimmen würde.[1289] Ähnliches deutet auch *Jakobs* an, der darauf hinweist, dass es umso eher möglich sei, Risiken als erlaubt zu akzeptieren, als diese auch die eigene Handlungsfreiheit erweiterten:

> «Die Entlastung von der Verantwortung für bestimmte Folgen macht dann nicht nur die Palette fremden Verhaltens reichhaltiger, sondern auch die Zahl der Handlungen, aus der jeder selbst wählen kann, ohne sich falsch zu verhalten, und ermöglicht deshalb, wenn eine riskante Wahl getroffen wird, die Erledigung durch Zurechnung zum Opfer selbst.»[1290]

311 Entscheidend ist also, dass die einzelne Person zur Ermöglichung eigener Handlungsfreiheit der allgemeinen Gestattung von gewissen riskanten Verhaltensweisen – unter dem Vorbehalt der Einhaltung von Sicherheitsvorschriften – vernünftigerweise zustimmen würde, und zwar auch dann, wenn dies zu ihrem Nachteil ausfällt, indem sie durch das verbleibende Restrisiko einen Schaden erleidet.[1291] Indem diese Begründung letztlich die Interessen

1284 Kritisch auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 83 ff.

1285 In diese Richtung *Roxin/Greco,* AT I^{5}, §11 N. 66; ferner *Jakobs,* AT^{2}, 7/41.

1286 Siehe dazu auch *Jakobs,* AT^{2}, §7/38, der darauf hinweist, dass erlaubte Risiken nur toleriert würden, solange die potenziellen Opfer lediglich vage konkretisiert würden.

1287 *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 100 ff. zustimmend S/S^{30}-*Sternberg-Lieben/Schuster,* §15 N. 145; MK^{3}-*Duttge,* §15 N. 136 (ebenso MK^{4}-*Duttge,* §15 N. 136).

1288 *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 100 f., 106 ff.

1289 Eingehend *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 100 ff.; in diese Richtung auch *Murmann,* FS Herzberg, 130.

1290 *Jakobs,* AT^{2}, 7/35.

1291 Vgl. *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 100 ff.

ein und derselben Person einander gegenüberstellt, steht sie nicht – wie oftmals angenommen[1292] – derjenigen des Notstands nahe, sondern eher den Erwägungen, die in Zusammenhang mit der mutmasslichen Einwilligung anzustellen sind.[1293] Anders als bei der Anwendung des Rechtfertigungsgrundes der mutmasslichen Einwilligung kann es bei der Begründung des erlaubten Risikos nicht auf den (mutmasslichen) subjektiven Willen individueller Personen ankommen.[1294] Zwar können an sich unerlaubte Verhaltensweisen im Einzelfall gestattet sein, weil und soweit die Person, deren Rechtsgüter davon betroffen sind, sich eigenverantwortlich selbstgefährdet oder in eine Gefährdung oder Verletzung ihrer Rechtsgüter einwilligt.[1295] Für solche Fälle, in denen eine Person durch eigenes Verhalten oder durch die Einwilligung in fremdes Handeln ihre eigenen Rechtsgüter eigenverantwortlich einer spezifischen Gefahr aussetzt, braucht es die Rechtsfigur des erlaubten Risikos aber gerade nicht, zumal die objektive Zurechnung hier anderweitig ausgeschlossen werden kann.[1296] Obwohl in der Literatur als Beispiel für das erlaubte Risiko oftmals auch solche Fälle genannt werden, muss es beim erlaubten Risiko um etwas anderes gehen, nämlich um die Bestimmung von Risiken, die im Allgemeinen eingegangen werden dürfen, ohne dass die potenziell betroffenen Personen vorgängig um Erlaubnis gefragt werden müssen. Der Gewinn im Hinblick auf die Handlungsfreiheit besteht beim erlaubten Risiko gerade darin, dass der Rahmen an Handlungsoptionen abgesteckt wird, innerhalb dessen man sich – unter Vorbehalt der Einhaltung von Sicherheitsvorschriften – sorgenfrei bewegen kann.[1297]

312 Die allgemeingültige Bestimmung dieses Rahmens lässt sich aber nicht anhand des subjektiven Willens Einzelner bilden, sondern setzt eine Interessenabwägung voraus, bei der massgebend ist, wofür sich alle Beteiligten vernünftigerweise entscheiden würden.[1298] Freilich ist auch eine solche Abwägung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, zumal in der Realität

1292 So aber *Jakobs,* AT², 7/35; ferner *Mitsch,* JuS 2018, 1164; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 66; kritisch zur missverständlichen Rede von der «notstandsähnlichen Interessenabwägung» MK³-*Duttge,* § 15 N. 136 (ebenso MK⁴-*Duttge,* § 15 N. 136).

1293 In diese Richtung auch *Köhler,* AT, 186; differenzierend *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 116.

1294 *Schürer-Mohr,* Erlaube Risiken, 113.

1295 Dazu unten N. 446 ff., N. 472 und N. 484 f.

1296 Vgl. aber *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 117 ff., die auch diese Fallgestaltungen unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos diskutiert, womit sie aber von einem weiter gefassten Begriff des «erlaubten Risikos» ausgeht als derjenige, der hier zugrunde gelegt wird.

1297 *Jakobs,* AT², 7/35.

1298 *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 113.

die Möglichkeit zur Ausübung der Handlungsfreiheit und die Betroffenheit durch Risiken sehr ungleich verteilt sind. Gerade unter den gegenwärtig erlaubten Handlungsoptionen, die mit hohen Risiken auch für Dritte verbunden sind, finden sich einige, die faktisch nur privilegierten Menschen zugänglich sind. Gleichzeitig haben unterprivilegierte Menschen weitaus weniger Möglichkeiten, sich gegen die Risiken abzusichern.[1299] Welche riskanten Tätigkeiten die beteiligten Personen im Interesse ihrer Handlungsfreiheit vernünftigerweise gestatten würden, dürfte daher entscheidend davon abhängen, welche Eigenschaften ihnen zugeschrieben werden. Diese Schwierigkeiten könnten zwar durch die Berücksichtigung von Rawls Konzept des «Schleiers des Nichtwissens» abgeschwächt werden.[1300] Doch selbst dann verblieben mit Blick auf den Vollzug dieser Abwägung erhebliche praktische Schwierigkeiten.[1301] Bereits deshalb ist hinsichtlich vieler heute unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos diskutierten Tätigkeiten zweifelhaft, ob sie auf der Grundlage einer unbefangenen und wirklich objektiven Abwägung weiterhin als bereits objektiv gestattete, erlaubte Risikoschaffung gelten würden.[1302]

ii) Historische oder demokratische Legitimation

313 In Anbetracht der Schwierigkeiten in Bezug auf die materielle Begründung des erlaubten Risikos anhand einer Interessenabwägung will *Jakobs* neben das «erlaubte Risiko per Risikoabwägung» das «erlaubte Risiko per historischer Legitimation» treten lassen.[1303] Gewisse Formen erlaubter Tätigkeiten, die oftmals mit erheblichen Risiken verbunden sind, seien historisch überkommen und würden deshalb als sozialadäquat akzeptiert.[1304] Dabei weist *Jakobs* aber darauf hin, dass die Geschichtlichkeit allgemein akzeptierte, riskante Tätigkeiten genau genommen nicht legitimiere, sondern die allgemeine Akzeptanz solcher Tätigkeiten suggeriere, dass die Legitimationsfrage bereits gelöst worden sei. Es sei also eine «historisch ersparte Legitimation».[1305]

1299 Dazu eingehend Beck, Risikogesellschaft, 25 ff.; kritisch *Seidel,* Risiko in Produktion und Forschung, 93 ff.

1300 *Rawls,* Theorie der Gerechtigkeit, 159 ff.; für die Berücksichtigung dieses Konzepts MK^3-*Duttge,* § 15 N. 136 (ebenso MK^4-*Duttge,* § 15 N. 136).

1301 Siehe dazu *Samson,* SB Fortschritt und Sicherheit, 297 ff. und *Jakobs,* AT^2, 7/36, die darauf hinweisen, dass zwar die Daten zu den statistischen Risiken oftmals verfügbar seien, sich aber der Nutzen nicht beziffern lasse, weil die Bestimmung des Nutzens letztlich eine normative Entscheidung voraussetze.

1302 Pointiert *Seidel,* Risiko, 93 ff.

1303 *Jakobs,* AT^2, 7/36 f.

1304 *Jakobs,* AT^2, 7/36 f.

1305 *Jakobs,* AT^2, 7/36 Fn. 63; abweichend *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 75 f.

314 Ermöglicht werde diese Form des erlaubten Risikos dadurch, dass das Strafrecht nicht ein «Arsenal ruhender Güter» zu schützen, sondern Erwartungen auf bestimmte Verhaltensweisen zu stabilisieren habe.[1306] Doch selbst ausgehend von diesem Strafrechtsverständnis ist zu beachten, dass das Strafrecht nicht beliebige faktisch bestehende Verhaltenserwartungen stabilisieren kann und soll, sondern diejenigen, die unter rechtlichen Gesichtspunkten als legitim beurteilt werden.[1307] Die Annahme, dass gewisse historisch hergebrachte Tätigkeiten als sozialadäquat akzeptiert seien, lässt sich daher nicht bereits auf die Beobachtung stützen, dass diese Tätigkeiten üblich sind.[1308] Um den Vorwurf zu vermeiden, diese Legitimation basiere auf einem Fehlschluss, müsste näher begründet werden, wie die sozialadäquaten Verhaltensweisen von den bloss sozial üblichen abgeschichtet werden können. Eine solche Begründung liefert *Jakobs* in diesem Zusammenhang jedoch nicht, stattdessen geht er gerade davon aus, dass ein Verhalten Güter schädigen könnte, ohne Verhaltenserwartungen zu enttäuschen, weil «seine Akzeptation Gewohnheit» geworden sei.[1309] Damit erspart sich das «erlaubte Risiko per historischer Legitimation» die Legitimation gleich in zweierlei Hinsicht: Einmal spart es sich die Legitimation des erlaubten Risikos mit dem Hinweis, dass die Akzeptanz suggeriere, dass die Legitimationsfrage gelöst sei. Danach spart der Ansatz die Legitimation aber gleich ein zweites Mal, indem er die Akzeptanz als gegeben voraussetzt, ohne zu begründen, wie sie zustande gekommen ist.[1310]

315 Vorzugswürdig erschiene es daher, anstelle einer historischen von einer demokratischen Legitimation auszugehen: Als gelöst ist die Legitimationsfrage demnach deshalb anzusehen, weil und soweit eine demokratisch legitimierte Legislative riskante Verhaltensweisen gesetzlich geregelt und dadurch – innerhalb des vom Gesetz vorgesehenen Rahmens – als rechtlich akzeptiert ausweist.[1311] Als Beispiel hierfür kann etwa die Teilnahme am motorisierten Strassenverkehr angesehen werden, die gemeinhin als typischer Fall des

1306 *Jakobs,* AT², 7/36 mit Hinweis auf *Welzel,* ZStW 58 (1939), 491 ff. 514 ff.; zu *Jakobs* Strafrechtsverständnis bereits oben N. 163 ff.

1307 Umgekehrt können strafrechtlich relevant nur diejenigen Verhaltensweisen sein, die den rechtlich verbindlichen Verhaltenserwartungen widersprechen, indem sie strafrechtliche Verhaltensnormen verletzen.

1308 *Otto,* FS Amelung, 227 f.; *Amelung,* FS Grünwald, 11.

1309 *Jakobs,* AT², 7/36, der aber immerhin im Zusammenhang mit den «Bewertungsmaximen» des erlaubten Risikos (a.a.O. 7/42 ff.) näher erläutert, wie die erlaubten Risiken bestimmt werden sollen.

1310 Kritisch auch *Duttge,* FS Maiwald, 141.

1311 *Duttge,* FS Maiwald, 141; *Mitsch,* JuS 2018, 1164; LK¹²-*Rönnau,* vor § 32 N. 55; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 175 ff.; in diese Richtung auch *Frister,* AT⁸, § 10/8

erlaubten Risikos gilt.[1312] Diese Begründung des erlaubten Risikos muss der auf einer Interessenabwägung beruhenden materiellen Begründung nicht entgegenstehen, sondern kann gerade auf der (oftmals illusorischen) Annahme beruhen, dass der Gesetzgeber beim Erlass der jeweiligen Rechtssätze eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen habe.

316 Zu beachten ist aber, dass der Anwendungsbereich des erlaubten Risikos ausgehend von diesem Begründungsansatz konsequenterweise auf riskante Tätigkeiten beschränkt werden müsste, die durch ein Gesetz oder – soweit die Rechtssetzungsbefugnis rechtmässig delegiert wurde[1313] – eine Verordnung geregelt sind.[1314] Für alle übrigen Bereiche müsste hingegen gelten, dass die den Verletzungsdelikten zugrundeliegenden Verhaltensnormen jegliche Verhaltensweisen verbieten, die mit der Schaffung rechtlich relevanter Risiken verbunden sind.[1315] Diese Konsequenz wird allerdings kaum je gezogen, stattdessen wird davon ausgegangen, dass das erlaubte Risiko auch durch nicht staatliche Sorgfaltsregeln (sog. «Verkehrsnormen») konkretisiert werden könne, sofern diese allgemein anerkannt seien.[1316] Woraus sich im Bereich des Strafrechts eine Rechtssetzungsbefugnis für Private ergeben könnte, die irgendwelchen Branchenverbänden die Kompetenz gewährt, die den Verletzungsdelikten zugrundeliegenden Verhaltensnormen zu konkretisieren oder gar zu relativieren, bleibt schleierhaft.[1317]

iii) Fazit

317 Die vorangehenden Erörterungen haben gezeigt, dass sich die Gestattung von Verhaltensweisen, die mit der Schaffung rechtlich relevanter Risiken verbunden sind, zumindest theoretisch durchaus materiell legitimieren lässt,

1312 *Frisch,* JuS 2011, 118 f.; *Mitsch,* JuS 2018, 1164 f.; als Beispiel für das erlaubte Risiko wird der Strassenverkehr auch angeführt bei *Eisele/Heinrich,* N. 158; *Jakobs,* AT², 7/43; *Kühl,* AT⁸. § 4 N. 48; *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 47; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 66 und § 24 N. 15; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT⁶, § 8 N. 32.

1313 Zu den Voraussetzungen der Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen BSK BV-*Wyttenbach/Wyss,* Art. 164 N. 37 ff.

1314 Da die Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Strafrechts nach Art. 123 Abs. 1 BV dem Bund übertragen wird, kann das von den Straftatbeständen des StGB verbotene Verhalten auch nur durch Bundesrecht konkretisiert werden.

1315 Vgl. *Frister,* AT⁸. 10/5 f.

1316 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 50; *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 91, 101 ff.; *ders.,* JuS 2011, 119; *Kretschmer,* Jura 2000, 270; *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 48; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 24 N. 18 ff.; unklar *Mitsch,* JuS 2018, 1165.

1317 In diese Richtung auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 187 f.; *Lenckner,* FS Engisch, 494 ff.; *Schünemann,* FS Lackner, 377; differenzierend *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 106 ff.

indem auf das Konzept des normativen Konsenses abgestellt wird.[1318] Der tatsächliche Vollzug einer unbefangenen und objektiven Interessenabwägung dürfte sich aber regelmässig als schwierig erweisen.[1319] Aus diesem Grund mag es aus praktischen Erwägungen vorzugswürdig erscheinen, an die Stelle einer materiellen Begründung eine «formale» Begründung des erlaubten Risikos treten zu lassen, bei der die Lösung der Legitimationsfrage durch den Gesetzgeber fingiert wird.

318 Oftmals werden unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos aber auch Tätigkeiten diskutiert, deren Vollzug nicht durch rechtliche Sorgfaltsvorschriften geregelt ist.[1320] Dass das erlaubte Risiko insoweit über den formal legitimierbaren Bereich hinaus ausgedehnt wird, dürfte daran liegen, dass der Massstab zur Bemessung der rechtlich relevanten Risikoschaffung allzu streng gefasst wird.[1321] Werden nämlich bereits Verhaltensweisen, die nur mit äusserst geringfügigen Risiken verbunden sind, als rechtlich relevante Risikoschaffung angesehen, so wird man nachvollziehbarerweise den Bereich des erlaubten Risikos ausdehnen wollen, um unerträgliche Einschränkungen der Handlungsfreiheit zu vermeiden.[1322] Indem diese Risiken aber bereits als rechtlich relevant und damit prinzipiell nicht mehr tolerierbar ausgewiesen werden, muss positiv begründet werden können, weshalb bestimmte Verhaltensweisen trotz der mit ihnen verbundenen Risiken ausnahmsweise nicht Gegenstand des tatbestandlich verbotenen Verhaltens sein sollen. Diese Begründung kann sich aber mit Blick auf den Einzelfall als problematisch erweisen, weil man im Einzelfall in Kenntnis aller Umstände in den meisten solcher Fälle gerade nicht sagen würde, dass man bereit sei, die erhebliche Gefährdung für ein konkretes Rechtsgut aufgrund des allgemeinen Nutzens einer bestimmten Handlung hinzunehmen.[1323]

319 Schwierigkeiten hinsichtlich der Begründung des erlaubten Risikos lassen sich zu einem gewissen Grad vermeiden, wenn davon ausgegangen wird, dass nicht das erlaubte Risiko, sondern die Missbilligung von Risiken positiv

1318 *Schürer-Moh*r, Erlaubte Risiken, 100 ff.

1319 Dabei ist zu beachten, dass die materielle Legitimation des erlaubten Risikos anhand einer auf normativem Konsens beruhenden Risikoabwägung nicht zu denselben Ergebnissen führen muss wie die formale Legitimation, denn die auf demokratischem Weg zustande gekommene Ausgestaltung von Gesetzen und Verordnungen muss nicht zwingend den Regelungen entsprechen, die vernünftigerweise zu treffen wären.

1320 Dazu unten N. 324 ff.

1321 Siehe dazu oben N. 290 ff.

1322 Vgl. *v. Bar,* Causalzusammenhang, 11 ff.; ferner *Jakobs,* AT^2, 8/35.

1323 Deutlich MK^4-*Duttge,* § 15 N. 136; vgl. auch *Jakobs,* AT^2, 8/35 f.

zu begründen ist.[1324] Die Schwierigkeiten verlagern sich dann allerdings auf die Frage, unter welchen Bedingungen ein Verhalten als nicht mehr tolerierbare Risikoschaffung anzusehen ist.[1325]

cc) Bemessung des erlaubten Risikos

320 Der genaue Inhalt und die Grenzen des erlaubten Risikos sind noch nicht abschliessend geklärt. Dennoch lassen sich einige Gesichtspunkte identifizieren, die bei der Bemessung des erlaubten Risikos nach verbreiteter Auffassung zu berücksichtigen sind. Zu beachten ist dabei, dass das erlaubte Risiko seine praktische Relevanz überwiegend im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte entfaltet[1326] und es in diesem Zusammenhang teilweise zu terminologischen Überschneidungen mit fahrlässigkeitsspezifischen Begriffen, namentlich mit jenem der Sorgfaltspflichtverletzung, kommt.[1327] Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich moderne Fahrlässigkeitskonzeptionen, die auf den Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung verzichten und stattdessen die Schaffung eines unerlaubten Risikos verlangen,[1328] bislang noch nicht durchgesetzt haben. Sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz geht die herrschende Meinung noch immer davon aus, dass der Handlungsunwert von Fahrlässigkeitsdelikten durch die Verletzung einer Sorgfaltspflicht begründet werde.[1329] Angesichts dessen, dass aber auch diese Fahrlässigkeitskonzeptionen für die

1324 In diese Richtung *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 72 ff., 90 ff.

1325 Umfassend dazu *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 87 ff. Bereits *Rehberg,* Lehre vom erlaubten Risiko, 213 hat darauf hingewiesen, dass grundsätzlich nicht die Erlaubnis, sondern das Verbot von Verhaltensweisen legitimierungsbedürftig ist – was korrekt ist.

1326 Vgl. dazu nur *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 242.

1327 Vgl. *Murmann,* GK[5], § 30 N. 7 f., der zwar von objektiver Sorgfaltspflichtverletzung spricht, aber gleichzeitig darauf hinweist, dass sich der objektive Tatbestand von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten nicht unterscheide.

1328 Nach *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 10 ff. wird der Tatbestand der fahrlässigen Delikte grundsätzlich alleine durch die Lehre der objektiven Zurechnung ausgefüllt. Zustimmend *Yamanaka,* ZStW 102 (1990), 944; zurückhaltender *Kretschmer,* Jura 2000, 269, der *Roxin/Greco* in der Sache recht gibt, aber dennoch «aus Gründen der strukturellen und gedanklichen Übersichtlichkeit» die Pflichtwidrigkeit gesondert prüfen will. Zu beachten ist, dass *Roxin/Greco* mit der h.M. von einem objektivierten Fahrlässigkeitsmassstab ausgehen und die Individualisierung erst auf der Ebene der Schuld vornehmen wollen (*Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 57 f.). Einige andere Autor:innen wollen die Fahrlässigkeit dagegen nach einem individuellen Massstab bestimmen und unterscheiden daher auch beim Fahrlässigkeitsdelikt zwischen einem objektiven und einem subjektiven Tatbestand. So etwa *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 133; *Gropp,* AT[4], § 12 N. 115 ff.; im Ergebnis ähnlich *Jakobs,* 9/5 ff.

1329 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9] 340 f.; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 88; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 7 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 457, 465 ff. (übereinstimmend *Geth*[7], N. 457, 465 ff.); in der deutschen Literatur: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 12 N. 25 ff.; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 564; *Kühl,* AT[8], § 17 N. 14 ff.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Cramer,* § 15 N. 120 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 15 N. 9 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 1115 ff.

Annahme einer Sorgfaltspflichtverletzung letztlich eine Schaffung unerlaubter Risiken voraussetzen,[1330] ändert die fahrlässigkeitsspezifische Terminologie nichts daran, dass sich Überlegungen in Bezug auf die Sorgfaltspflichtverletzung letztendlich auf die Abgrenzung zwischen erlaubten und missbilligten Risiken beziehen.[1331]

i) *Konkretisierung des erlaubten Risikos anhand rechtlicher und vorrechtlicher Normen*

321 Im Hinblick auf die Konkretisierung des erlaubten Risikos ist zunächst gemeinhin anerkannt, dass dem Strafrecht vorgelagerte Verhaltensregeln (Sorgfaltsvorschriften) eine wesentliche Rolle spielen. Als solche kommen in erster Linie Rechtsnormen in Betracht, die für bestimmte Lebensbereiche, wie etwa den Strassen-, Schienen- und Luftverkehr, abstrakte Gefährdungsverbote erlassen.[1332] Nach der deutschen Rechtsprechung sind Strassenverkehrsvorschriften «Ergebnis einer auf Erfahrung und Überlegung beruhenden umfassenden Voraussicht möglicher Gefahren; sie besagen schon durch ihr Dasein, dass durch ihre Übertretung die Gefahr eines Unfalles im Bereiche des Möglichen liegt».[1333] Deswegen dürfte im Normalfall bereits die Verletzung solcher Vorschriften die Fahrlässigkeit der Erfolgsherbeiführung begründen.[1334] Dies muss aber nicht zwingend bedeuten, dass jede Verletzung einer Sorgfaltsvorschrift *per se* eine unerlaubte Risikoschaffung darstellt.[1335] In der deutschen Literatur und der Rechtsprechung ist weitgehend anerkannt, dass die Verletzung von Strassenverkehrsvorschriften eine unerlaubte Risikoschaffung nur indiziert, nicht aber notwendigerweise auch begründet.[1336] Für das schweizerische Strafrecht ist gesichert, dass eine

1330 BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 98 ff.; siehe auch *Köhler,* AT, 184 ff.; *Murmann,* GK[5], § 30 N. 7 f.

1331 Vgl. etwa BGE 135 IV 56 E. 2.1: «Sorgfaltswidrig ist ein Verhalten, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat.»

1332 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 15; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 46 f.; *Seelmann/Geth*[6], N. 473 f. (*Geth*[7], N. 473 f.).

1333 BGHSt 4, 182, 185; vgl. ferner *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 15 und *Murmann,* GK[5], § 23 N. 47.

1334 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 15.

1335 Anders aber Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 43 N. 47 ff.; LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 56.

1336 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 15; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 47; *Kuhlen,* Produkthaftung, 117 f. je mit Hinweis auf BGHSt 4, 182, 185; ferner *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 45; *Jakobs,* Teheran-Beiheft ZStW (1974), 20; *Kühl,* AT[8], § 17 N. 24; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 1124.

Verletzung von Sorgfaltsvorschriften in der Regel eine Sorgfaltswidrigkeit indiziert.[1337] So wie die Übertretung einer Sorgfaltsvorschrift ein unerlaubtes Risiko nicht schlechthin begründet, vermag die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften die Schaffung eines unerlaubten Risikos nicht in jedem Fall auszuschliessen.[1338] *Frisch* begründet dies damit, dass nicht die Regeleinhaltung, sondern das bei Regeleinhaltung typischerweise verbleibende Grundrisiko entscheidend sei.[1339]

322 Mit Blick auf das föderalistische System der schweizerischen Staatsorganisation ist sodann die Frage aufzuwerfen, inwiefern strafrechtliche Verhaltensnormen durch kantonale Rechtssätze konkretisiert werden können. Im Bereich des Strafrechts wird die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 123 Abs. 1 BV dem Bund übertragen, weshalb die Kantone im Bereich des materiellen Strafrechts grundsätzlich keine Gesetzgebungskompetenz haben.[1340] Zu beachten ist, dass nach Art. 335 StGB zwei Ausnahmen bestehen, durch die den Kantonen unter gewissen Bedingungen die Kompetenz zum Erlass von Strafrecht zugewiesen wird: Nach Abs. 1 bleibt den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist; und nach Abs. 2 sind Kantone befugt, Widerhandlungen gegen das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht mit Sanktionen zu bedrohen.[1341] Aus Letzterem folgt, dass die Kantone in Bereichen, in denen ihnen gemäss der Bundesverfassung eine Rechtssetzungskompetenz zusteht, für die Verletzung verwaltungsrechtlicher Sorgfaltsvorschriften grundsätzlich entsprechende Straftatbestände schaffen dürfen.[1342] Dies ändert aber nichts daran, dass den Kantonen im Bereich des Kernstrafrechts keine Gesetzgebungskompetenz zukommt.[1343] Von Kantonen erlassene Sorgfaltsvorschriften können daher das den Straftatbeständen des StGB zugrunde liegende, objektiv verbotene Verhalten aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht konkretisieren. Aus diesem Grund kann kantonalen Sorgfaltsvorschriften bei der Bemessung des erlaubten Risikos

1337 BGE 106 IV 80 E. 4a; 114 IV 173 E. 2a; 116 IV 306 E. 1a; 121 IV 10 E. 3; *Stratenwerth,* AT I^4, §16 N. 12.

1338 *Stratenwerth,* AT I^4, §16 N. 12 mit Hinweis auf BGE 85 IV 45 E. 2; BGE 106 IV 80 E. 4a; *Kretschmer,* Jura 2000, 270; *Murmann,* GK^5, §23 N. 48; *Roxin/Greco,* AT I^5, §24 N. 16.

1339 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 92 f.; vgl. aber *Jakobs,* AT^2, 7/45.

1340 BSK BV-*Gösku,* Art. 123 N. 3; *Vest,* SG Komm, Art. 123 N. 2.

1341 Siehe dazu BSK-*Hilf,* Art. 335 N. 7 ff.; BSK BV-*Gösku,* Art. 123 N. 6 f.; *Vest,* SG Komm, Art. 123 N. 5 ff.

1342 BSK-*Hilf,* Art. 335 N. 24 f.; BSK BV-*Gösku,* Art. 123 N. 7;

1343 Zur abschliessenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes BSK BV-*Gösku,* Art. 123 N. 4 und *Vest,* SG Komm, Art. 123 N. 2.

richtigerweise keine andere Bedeutung zukommen als sog. «Verkehrsnormen»,[1344] die von zivilen Verbänden oder Organisationen herausgegeben werden und somit keine Rechtsnormen sind.[1345]

323 Nach herrschender Meinung sind zur Konkretisierung des erlaubten Risikos neben verbindlichen Rechtsnormen auch allgemein anerkannte Verhaltensregeln in Form von Empfehlungen, Richtlinien und Merkblättern[1346] zu berücksichtigen, die von staatlichen oder halbstaatlichen Stellen, aber auch von privaten Vereinigungen oder Interessenverbänden herausgegeben werden.[1347] Gemeint sind damit etwa die SIA-Normen, die Standesregeln der FMH oder der SAMW oder die «Safer Sex»-Regeln der SUVA.[1348] Auch die Spiel- und Sportregeln von Sportverbänden können zur Konkretisierung des erlaubten Risikos herangezogen werden.[1349] Insbesondere in der deutschen Literatur wird aber darauf hingewiesen, dass zivilen Sorgfaltsvorschriften im Hinblick auf die Bestimmung des erlaubten Risikos nicht ohne Weiteres dieselbe Bedeutung beigemessen werden kann wie den vom Staat erlassenen abstrakten Gefährdungsverboten.[1350] Interessengebundenen privaten Institutionen fehle es an der Kompetenz, autoritativ über das Mass des aufgrund von Freiheitsinteressen Dritter hinzunehmende und damit erlaubte Risiko zu entscheiden.[1351] Nach *Frisch* sollen Verkehrsnormen, soweit sie prinzipiell als «Ausdruck adäquater Abwägung von Gütererhaltungs- und Freiheitsinteressen angesehen werden können», als funktionsgleiche Surrogate entsprechender staatlicher Regelungen behandelt werden.[1352] Andere Stimmen in der Literatur wollen den Verkehrsnormen angesichts der Bedenken nur,

1344 Zum Begriff der Verkehrsnormen *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 50 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 48; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 18 ff.

1345 Siehe dazu *Lenckner,* FS Engisch, 494, wonach technische Normen deswegen auch keine rechtlichen Sorgfaltsgebote enthalten können. Ähnlich *Riklin,* AT[3], 16 N. 51. Vgl. kritisch zur Verbindlichkeit nicht gesetzlicher Sorgfaltsvorschriften *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 186 ff.

1346 BGE 127 IV 62 E. 2d; BGE 118 IV 130 E. 3a; vgl. auch *Lenckner,* FS Engisch, 490 ff.

1347 *Seelmann/Geth*[6], N. 473 (ebenso *Geth*[7], N. 473); vgl. auch *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 221 f.; *Köhler,* AT, 185; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 48; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 18 ff.; eingehend *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 101 ff.

1348 BGE 134 IV 193 E. 8.1;

1349 BGE 134 IV 26; eingehend zur Bedeutung von Sportregeln *Rössner,* FS Hirsch, 320 ff.; *Dölling,* ZStW 96 (1984), 50 ff.

1350 *Lenckner,* FS Engisch, 494 ff., 497.

1351 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 102; *Lenckner,* FS Engisch, 495; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 19; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 48.

1352 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 106 ff., zur Handhabung inadäquater vorrechtlicher Richtlinien a.a.O., 109 ff.

aber immerhin eine «Indizwirkung» zukommen lassen.[1353] Dies dürfte im Ergebnis auch der Praxis des Bundesgerichts zur Bemessung der Sorgfalt entsprechen, wonach beim Fehlen staatlicher Regelungen allgemein anerkannte Verkehrsnormen zu berücksichtigen seien, was allerdings nicht die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze wie etwa des allgemeinen Gefahrensatzes ausschliesse.[1354]

ii) Bestimmung des erlaubten Risikos beim Fehlen rechtlicher oder allgemein akzeptierter Sorgfaltsvorschriften

324 Fraglich ist, ob sich der Bereich des erlaubten Risikos auch auf Verhaltensweisen erstreckt, für die es weder rechtliche Sorgfaltsnormen noch allgemein akzeptierte Verkehrsnormen gibt. Zu denken ist dabei zunächst an alltägliche Tätigkeiten, die bei sorgfältiger Ausführung weitgehend ungefährlich sind, denen aber dennoch ein immenses Risikopotenzial inhärent ist.[1355] Das Bügeln von Kleidern ist im Normalfall mit keinen akuten Lebensgefahren für Dritte verbunden, dennoch kann ein Bügeleisen bei unsorgfältiger Handhabung im wahrsten Sinne des Wortes brandgefährlich werden. Ähnliches gilt auch für die Benutzung von Kochherden, Backöfen und für viele andere elektronische Gerätschaften. Das Fehlen von Sorgfaltsvorschriften für bestimmte Verhaltensweisen betrifft aber nicht nur alltägliche Tätigkeiten, sondern kann auch Bereiche betreffen, die durchaus Gegenstand von Sorgfaltsvorschriften sind. Denn selbst bei Tätigkeiten, die Gegenstand rechtlicher oder allgemein akzeptierter Sorgfaltsvorschriften sind, können nicht alle potenziell riskanten Verhaltensweisen gesondert geregelt werden.[1356] Aus diesem Grund muss das erlaubte Risiko letztlich auch hier anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles bemessen werden.[1357]

325 Deswegen wird zur Bemessung des erlaubten Risikos beim Fehlen rechtlicher oder allgemein akzeptierter Sorgfaltsvorschriften teilweise darauf abgestellt, wie sich die vernünftige und besonnene Massfigur in der Situation der beschuldigten Person verhalten hätte.[1358] Dies ermöglicht es, auch ungeschriebene Verkehrssitten in die Beurteilung miteinfliessen zu lassen. Hierbei

---

1353 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 52; *Riklin,* AT[3], §16 N. 51; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 19.

1354 BGE 126 IV 13 E. 7a/bb.

1355 *Murmann,* GK[5], §23 N. 49.

1356 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 54 f.; Murmann, GK[5], §23 N. 49.

1357 *Murmann,* GK[5], §23 N. 49; Kühl, AT[8], §17 N. 25.

1358 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 54 ff.; *Kuhlen,* Produktehaftung, 111; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 34; für eine «professionelle Adäquanz» *Hassemer,* wistra 1995, 41 ff.; zustimmend *Jakobs,* GA 1996, 261 Fn. 17; ablehnend aber *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 212 ff.

stellt sich zunächst die Schwierigkeit, dass das von den Angehörigen eines bestimmten Verkehrskreises tatsächlich gelebte Verhalten, also die tatsächlich geübte Sorgfalt, von der an sich gebotenen Sorgfalt abweichen kann.[1359] Würde der Massfigur nun das gelebte Verhalten zugeschrieben und insoweit die gebotene Sorgfalt anhand der tatsächlich geübten bestimmt, so würde dies zum Sein-Sollens-Fehlschluss führen.[1360] Insofern kann sich das der Massfigur zugeschriebene Verhalten nicht ohne Weiteres danach richten, wie sich eine durchschnittliche Person des entsprechenden Verkehrskreises verhalten hätte.[1361] Entscheidend müsste vielmehr sein, ob dieses Verhalten auch dem entspricht, was man von einer vernünftigen und besonnenen Person des entsprechenden Verkehrskreises erwarten würde.[1362] Problematisch kann sodann sein, dass über die vernünftige und besonnene Massfigur des entsprechenden Verkehrskreises im Grunde beliebige Verhaltensanforderungen in die Bewertung mit einfliessen können.[1363] Dadurch können Verhaltenserwartungen an die handelnde Person gestellt werden, die dieser womöglich gar nicht bekannt sein können.

326 Ferner ist wiederum zu beachten, dass das der Massfigur zugeschriebene sorgfältige Verhalten auch davon abhängt, wie die soziale Rolle der handelnden Person bestimmt wird, wie grosszügig oder wie eng der soziale Bereich gefasst wird, der als der massgebliche Verkehrskreis anzusehen ist.[1364] Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Bestimmung des Verhaltens der Massfigur könnten vermieden werden, wenn auf individualisierte Sorgfaltsanforderungen abgestellt würde.[1365] Von der handelnden Person würde demnach verlangt, dass sie ihre jeweils vorhandenen Fähigkeiten zur Gefahrenbewältigung einsetzt.[1366]

327 In Deutschland geht die herrschende Auffassung aber dahin, dass lediglich *Sonderfähigkeiten* berücksichtigt werden sollen, die über die durchschnittlichen eines «vernünftigen und besonnenen Dritten» in der spezifischen

1359 *Kuhlen,* Produktehaftung, 102; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 35 Fn. 62; vgl. *Otto,* FS Amelung, 228 und *Amelung,* FS Grünwald, 11.

1360 Zum entsprechenden Fehlschluss bei der Sozialadäquanz *Amelung,* FS Grünwald, 11; *Otto,* FS Amelung, 228.

1361 Vgl. *Welzel,* Strafrecht[11], 132; zu den Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Verhaltens der Massfigur *Kuhlen* Produkthaftung, 101 ff.

1362 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 54 ff.; *Gropp,* AT[4], § 12 N. 46; *Kühl,* AT[8], § 17 N. 25.

1363 *Murmann,* GK[5], § 23 N. 49; in diese Richtung auch *Kühl,* AT[8], § 17 N. 25.

1364 *Kühl,* AT[8], § 17 N. 26.

1365 Für eine individuelle Bemessung der Sorgfalt insb. *Stratenwerth,* FS Jescheck, 286; ferner *Castaldo,* GA, 1993, 503.

1366 NK[3]-*Puppe,* Vor § 13 N. 149

Rolle der beschuldigten Person hinausgehen.[1367] Keine Individualisierung soll hingegen vorgenommen werden, wenn die Fähigkeiten des Handelnden hinter denjenigen der Massfigur zurückbleiben.[1368] Eben dies wird – wie bei der Berücksichtigung von Sonderwissen – damit begründet, dass einerseits eine Privilegierung besonders befähigter Personen im Hinblick auf den Schutz von Rechtsgütern nicht zu legitimieren sei.[1369] In der Schweiz werden die Sorgfaltsanforderungen aber nach überwiegender Meinung individuell bemessen, d.h., es sind auch unterdurchschnittliche Fähigkeiten zu berücksichtigen.[1370] Im Ergebnis dürften sich die abweichenden Auffassungen jedoch nur selten unterscheiden, zumal auch die individualisierende Auffassung die Übernahmefahrlässigkeit kennt, weshalb die Berufung auf unterdurchschnittliche Fähigkeiten überall dort scheitert, wo sich die beschuldigte Person für sie erkennbar in eine Situation begeben hat, in der sie aufgrund ihrer verminderten Fähigkeiten die Gefahr nicht mehr kontrollieren konnte.[1371]

iii) Vertrauensgrundsatz

328 Schwierigkeiten bei der Bemessung des erlaubten Risikos können insbesondere dann entstehen, wenn sich verschiedene Verantwortungsbereiche berühren. Zur Konkretisierung der jeweiligen Pflichten wird hier gemeinhin auf den sog. Vertrauensgrundsatz abgestellt.[1372] Der Hauptanwendungsbereich des Vertrauensgrundsatzes ist der Strassenverkehr, für den er auch ursprünglich entwickelt wurde.[1373] Dort besagt er, dass «jeder Strassen-

1367 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 65; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §12 N. 39 ff.; *Kaspar,* JuS 2012, 20; *Kretschmer,* Jura 2000, 272; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 57 f.

1368 *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 57 f.: «Es ist also nach ‹unten› zu generalisieren, nach ‹oben› zu individualisierten.»

1369 *Jescheck/Weigend,* AT[5], 565; *Kaspar,* JuS 2012, 20; *Kretschmer,* Jura 2000, 272; *Kühl,* AT[8], §17 N. 29; *Murmann,* GK[5], §23 N. 45; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 60; *Schünemann,* JA 1975, 514; kritisch aber *Stratenwerth,* FS Jescheck, 296; *Castaldo,* GA 1993, 497 ff., 508; SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu §16 N. 17; *Jakobs,* AT[2], 9/8.

1370 *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 58 f.; *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 8 und N. 10; *Seelmann/Geth*[6], N. 467 (ebenso *Geth*[7], N. 467).

1371 *Seelmann/Geth*[6], N. 471 f. (ebenso *Geth*[7], N. 471 f.).

1372 *Kühl,* AT[8], §4 N. 49 und §17 N. 36; *Murmann,* GK[5], §23 N. 50; vgl. auch *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 239 ff.

1373 In der Schweiz wurde und wird der Vertrauensgrundsatz insbesondere aus Art. 26 SVG abgeleitet: BGE 120 IV 252 E. 2d/aa; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 355; *Hurtado Pozo,* N. 1377; *Schultz,* AT[4], 208; *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 39; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 264 f.; eingehend *Heierli,* Vertrauensprinzip, 93. Ebenso in der deutschen Rechtsprechung BGHSt 9, 92, 93 f., dazu auch *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 7 ff.; *Pizarro,* Das erlaubte Vertrauen, 26 ff.

benützer, der sich selbst verkehrsgemäss verhält, sofern keine besonderen Umstände dagegen sprechen, darauf vertrauen [darf], dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, ihn also nicht behindern oder gefährden».[1374] Mittlerweile dürfte der Vertrauensgrundsatz aber als allgemeines Prinzip anerkannt sein.[1375] Sein Anwendungsbereich ist nach verbreiteter Auffassung grundsätzlich überall dort, wo sich das Verhalten mehrerer Personen und somit auch deren Verantwortungsbereiche berühren oder überschneiden.[1376] Neben dem Strassenverkehr kommt dem Vertrauensgrundsatz deshalb insbesondere bei arbeitsteiligem Zusammenwirken von mehreren Personen[1377] oder aber bei der strafrechtlichen Produkthaftung[1378] eine wichtige Bedeutung bei der Bestimmung des erlaubten Risikos im Einzelfall zu.

329 Nicht abschliessend geklärt ist indes, wie der Vertrauensgrundsatz zu begründen ist. Klar ist einzig, dass er nicht mit dem Adäquanzmassstab begründet werden kann, weil fremdes Fehlverhalten – insbesondere im Strassenverkehr – keineswegs so unwahrscheinlich ist, dass nicht damit gerechnet werden muss.[1379] Der Vertrauensgrundsatz besagt daher nicht, dass fremdes Fehlverhalten nicht vorhergesehen werden kann, sondern dass es nicht in Rechnung gestellt werden muss.[1380] Diese normative Wertung wird überwiegend damit begründet, dass sie wie das erlaubte Risiko auf einer Interessenabwägung beruhe.[1381] Deshalb wird der Vertrauensgrundsatz in

1374 BGE 120 IV 252 E. 2d/aa; BGE 118 IV 277 E. 4a.

1375 *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 192 ff.; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 355; *Geth/Leu,* FS Donatsch, 32; *Hurtado Pozo;* N. 1378; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 114; *Stratenwerth,* AT[4], § 16 N. 40; ferner *Duttge,* Handlungsunwert von Fahrlässigkeitsdelikten, 466; zurückhaltender *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 25; kritisch NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 151.

1376 Vgl. BGE 120 IV 300 E. 3c/bb; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 40; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 12 N. 38; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 53; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 151; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 1122; zurückhaltender *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 25.

1377 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 63; *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 19 ff.; zum Zusammenwirken mehrerer Personen bei medizinischen Heileingriffen *Stratenwerth,* FS Eb. Schmidt, 383 ff.

1378 BGE 120 IV 300 E. 3c/bb; ferner *Kuhlen,* Produkthaftung, 134 f.

1379 *Murmann,* Nebentäterschaft, 241; eingehend *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 8 ff. m.w.N.

1380 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 59; *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 8.

1381 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 63; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 190 f.; *Krümpelmann,* FS Lackner, 298 ff.; *Kuhlen,* Produkthaftung, 133; *Maiwald,* JuS 1989, 187; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 22; *Roxin,* FS Tröndle, 186 f.; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 116 f.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 15 N. 65; LK[12]-*Vogel,* § 15 N. 225 (LK[13]-*Vogel/Bülte,* § 15 N. 225); zur Begründung im Strassenverkehr BGHSt 3 49, 51; 7 118, 124 f.; 12 81, 83; 13 169, 176 f.; 14 201, 210; kritisch, *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 9 f.

der Literatur nicht selten als Unter- oder Anwendungsfall des erlaubten Risikos bezeichnet.[1382] Dies erscheint insofern schlüssig, als sich der Vertrauensgrundsatz zumindest theoretisch auf das Mass des allgemein hinzunehmenden Grundrisikos auswirken dürfte. Im Vergleich zum vormals herrschenden Misstrauensgrundsatz[1383] reduziert der Vertrauensgrundsatz das Mass der gebotenen Vorsicht nämlich dahingehend, dass das eigene Verhalten nicht mehr darauf ausgerichtet werden muss, jederzeit auf fremdes Fehlverhalten reagieren zu können.[1384] Wenn nun im Strassenverkehr nicht mehr bei jeder unübersichtlichen Hecke die Geschwindigkeit reduziert werden muss, weil nicht damit gerechnet werden muss, dass eine Person an der unübersichtlichen Stelle einfach verkehrswidrig auf die Strasse hinausgeht, so ist damit zu rechnen, dass das statistische Unfallrisiko durchaus erhöht wird.[1385] Das Interesse an fliessendem Verkehr müsste demnach mit dem erhöhten Unfallrisiko und damit mit einem gewissen Mehr an Verkehrstoten aufgewogen werden.[1386]

330 Neuerdings wird der Vertrauensgrundsatz zunehmend mit dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit begründet.[1387] Der Vertrauensgrundsatz baut dieser Auffassung nach auf dem Gedanken auf, dass prinzipiell jeder selbst für die Organisation seines Verantwortungsbereiches zuständig ist.[1388] Mit dieser Auffassung geht der Vertrauensgrundsatz der Interessenabwägung zur Bestimmung des erlaubten Risikos voraus.[1389] Demnach ist es nicht in der Verantwortung von pflichtgemäss fahrenden Verkehrsteilnehmer:innen, Unfälle zu vermeiden, die aus dem allfälligen pflichtwidrigen Verhalten

1382 *Duttge,* Handlungsunwert von Fahrlässigkeitsdelikten, 478 ff.; *Kaspar,* JuS 2012, 113; *Lackner/Kühl*[29], §15 N. 39; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 22; *Roxin,* FS Tröndle, 186 f.; *Tschichoflos,* Übernahmeverschulden, 137; LK[12]-*Vogel,* §15 N. 225 (LK[13]-*Vogel/Bülte,* §15 N. 225); vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/51; *ders.,* ZStW 89 (1977), 1 ff., 13 ff., wonach der Vertrauensgrundsatz nicht nur ein Unterfall des erlaubten Risikos, sondern auch des Regressverbotes sei; kritisch hierzu *Kudlich,* Unterstützung, 377

1383 RGSt 65, 135, 139; dazu auch *Pizarro,* Das erlaubte Vertrauen, 26 ff.

1384 Referierend *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 8 ff.; vgl. *Murmann,* GK[5], §23 N. 51; *ders.,* Nebentäterschaft, 241 f., 253 ff.

1385 Vgl. aber BGHSt 7, 118, 124 f., wonach das Unfallrisiko mit dem Vertrauensgrundsatz gerade gesenkt werde, weil dadurch das Verhalten der Verkehrsteilnehmer berechenbarer werde.

1386 Kritisch *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 8 ff.

1387 *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 10; *Jakobs,* ZStW 89 (1977), 13; *ders.,* AT[2], 7/51; *Murmann,* Nebentäterschaft, 241 f.; *ders.,* GK[5], §23 N. 51; *Stratenwerth,* FS Eb. Schmidt, 391 f.

1388 *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 1 ff.; Jakobs, AT[2], 7/51; *Kühl,* AT[8], §17 N. 37.

1389 *Murmann,* Nebentäterschaft, 241 f.

anderer resultieren könnten.[1390] Er ist also kein eigenständiges materielles Zurechnungskriterium, sondern vielmehr eine Entscheidungsregel, die bei der Beurteilung des materiellen Kriteriums anzuwenden ist.[1391]

331 Der Vertrauensgrundsatz begründet indes kein bedingungsloses Vertrauen in die Rechtstreue Dritter. Vielmehr ergeben sich bereits aus der Formulierung des Grundsatzes verschiedene Einschränkungen. Zunächst kann sich auch nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen, wer sich selbst nicht pflichtgemäss verhält.[1392] Es ist allerdings umstritten, wie weit diese Einschränkung reichen soll. Ganz allgemein formuliert ist sie jedenfalls missverständlich, weil nicht jede Übertretung von Sicherheitsvorschriften einen gänzlichen Ausschluss des Vertrauensgrundsatzes zur Folge haben kann.[1393] Ein Teil der Literatur will den Ausschluss des Vertrauensgrundsatzes wegen eigenen Fehlverhaltens deswegen auf diejenigen Fälle beschränken, in denen das Fehlverhalten das Risiko hinsichtlich des konkreten Erfolgseintrittes über das erlaubte Mass hinaus erhöht.[1394] In diese Richtung dürfte denn auch das Bundesgericht zu verstehen sein, wenn es schreibt, dass, wer selbst gegen die Verkehrsregeln verstosse und dadurch eine unklare oder gefährliche Verkehrslage schaffe, nicht erwarten kann, dass andere diese Gefahr durch erhöhte Vorsicht ausgleichen.[1395]

332 Nicht auf ein verkehrsgemässes Verhalten vertraut werden darf sodann, wenn besondere Umstände vorliegen, die dem Vertrauen entgegenstehen. Solche besonderen Umstände können sich zunächst aus den konkreten Begebenheiten, insbesondere der Anwesenheit und dem Verhalten bestimmter Personen ergeben. Auszuschliessen ist die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz etwa bei der Anwesenheit von spielenden Kindern in Strassennähe.[1396] Ausgeschlossen ist das Vertrauen auf ordnungsgemässes Verhalten Dritter für Personen, denen besondere Pflichten, namentlich Kontroll- und Überwachungspflichten zukommen.[1397]

1390 *Murmann,* Nebentäterschaft, 241 f.

1391 Vgl. auch NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 162, welche den Vertrauensgrundsatz als Metaregel bezeichnet. In diese Richtung auch *Geth/Leu,* FS Donatsch, 32.

1392 BGE 120 IV 252 E. 2d.

1393 Würde man bereits jedes Fehlverhalten genügen lassen, so müsste derjenigen, der ein Fahrzeug mit abgebrochenem Rückspiegel und damit ein nicht betriebssicheres Fahrzeug nach Art. 29 SVG i.V.m. Art. 112 Abs. 1 VTS führt, auch stets damit rechnen, dass ein Fussgänger unvermittelt auf die Strasse rennt. Vgl. auch *Puppe,* Jura 1998, 22 ff.

1394 *Murmann,* GK[5], § 23 N. 52 Fn 98; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 1122.

1395 BGE 120 IV 252 E. 2d; 118 IV 277 E. 4a m.w.N.

1396 Vgl. BGE 115 IV 239 E. 2; ferner *Murmann,* GK[5], § 23 N. 52.

1397 Vgl. etwa *Kaspar,* JuS 2012, 120; *Köhler,* AT, 189.

333 Teilweise wird der Vertrauensgrundsatz in der Literatur auch in Fällen angewandt, bei denen sich aufgrund eines nachträglichen Fehlverhaltens eines Dritten Zurechnungsprobleme ergeben.[1398] Dagegen wird jedoch eingewendet, dass dies wenig einleuchtend sei, weil sich der Handelnde wegen der eigenen missbilligten Risikoschaffung nicht mehr auf den Vertrauensgrundsatz berufen dürfe.[1399] Ob dies richtig ist, muss an dieser Stelle offengelassen werden. Inwieweit die beschuldigte Person für das Dazwischentreten Dritter zu haften hat, wird nachfolgend zunächst unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwirklichung[1400] und der Zurechnung zu einem fremden Verantwortlichkeitsbereich diskutiert.[1401]

iv) Weitere Kriterien zur Bemessung des erlaubten Risikos

334 Sofern für spezialisierte Lebensbereiche formulierte Verhaltensmassstäbe fehlen, will *Roxin* zur Orientierung zwei allgemeine Regeln berücksichtigen:

> «Wer sich zu einem Verhalten anschickt, dessen Risiko für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter er nicht beurteilen kann, muss sich erkundigen; ist eine Erkundigung nicht möglich oder Erfolg versprechend, muss von dem Verhalten Abstand genommen werden.»[1402]

335 *Roxin* knüpft damit an *Engischs* Sorgfaltstyp der «Sorgfalt als Erfüllung einer Rechtsbeachtungspflicht»[1403] und an die Figur der Übernahmefahrlässigkeit an.[1404] Nach *Engisch* kommt der Rechtsbeachtungspflicht mit Blick auf die Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung aber lediglich ein mittelbarer Charakter zu, weil es hier – im Gegensatz zur Sorgfalt, die die Unterlassung gefährlicher Verhaltensweisen gebietet[1405] – nicht um die unmittelbare Vermeidung der Tatbestandsverwirklichung gehe, sondern darum, sich durch

1398 *Frister,* AT[8], 10/12 ff.; ferner *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 245 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 54; *ders.,* Nebentäterschaft, 253 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 26 ff.; *Roxin,* FS Tröndle, 186 ff.; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 73; in diese Richtung auch BGE 135 IV 56, E. 3.3; einschränkend *Jakobs,* AT[2], 7/51 f., wonach der Vertrauensgrundsatz nur zur Anwendung kommen soll, «wenn der Kausalverlauf an sich von dem Vertrauenden zu verantworten ist, obgleich ein anderer ihn durch ein fehlerhaftes Verhalten ins Schädigende lenkt».

1399 *Maiwald,* JuS 1989, 187 f.; vgl. auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 50; ablehnend *Diel,* Regressverbot, 268 ff.

1400 Siehe unten N. 395 ff.

1401 Siehe unten N. 486 ff.

1402 *Roxin,* AT I[4], § 24 N. 36 mit Hinweis auf *Engisch,* Untersuchungen, 306 ff. und *Jescheck/Weigend,* AT[5], 581 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 36).

1403 *Engisch,* Untersuchungen, 306 ff.

1404 Siehe dazu nur *Seelmann/Geth*[6], N. 470 ff. (ebenso *Geth*[7], N. 470 ff.).

1405 *Engisch,* Untersuchungen, 308.

Erkenntnis der bedeutsamen rechtlichen und faktischen Umstände in die Lage zu versetzen, die unmittelbare äussere Sorgfalt einzuhalten.[1406] Es geht hier also nicht um die Frage, ob das äussere Verhalten eine nicht mehr tolerierbare Gefahr für fremde Rechtsgüter schafft, sondern um die Vorkehrungen, die getroffen werden müssen, um allfällige Gefahren zu erkennen. Diese Erwägungen können aber kein eigenständiges Kriterium zur Bemessung des erlaubten Risikos begründen, weil sie sich ganz offensichtlich auf die Erkennbarkeit des Risikos beziehen. Indem die h.M. die Schaffung eines unerlaubten Risikos anhand des objektivierten *ex ante*-Massstabes beurteilen will und damit auf diejenigen Umstände abstellt, die für eine vernünftige und besonnene Massfigur in der Situation und der sozialen Rolle der beschuldigten Person erkennbar gewesen wären, können die Erwägungen nach diesem Massstab aber immerhin indirekt in die Beurteilung miteinfliessen, indem der Massfigur die Erfüllung der Rechtsbeachtungspflicht zugeschrieben wird.[1407]

336 In Fällen, die durch die vorangehend erwähnten «Konkretisierungsrichtlinien» nicht erfasst seien, will *Roxin* sodann darauf abstellen, ob das Verhalten mit einer erkennbaren Gefahr einer tatbestandlichen Rechtsgutsverletzung verbunden war. Wie gross diese Gefahr sein müsse, um relevant und damit Grundlage einer «Fahrlässigkeitszurechnung»[1408] zu sein, hänge von der sozialen Bedeutung des riskanten Verhaltens ab.[1409] Bei «sozial missbilligenswerten, unnützlichen Handlungen», wie etwa bei «wilden Motorradfahrten oder übermütigen Schießereien», könne jedes messbare Risiko eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begründen, wenn es zu Unfällen komme. Bei sozial anerkannten Handlungen könnten hingegen grössere Risiken toleriert werden, und bei sozial gebotenen Handlungen dürften noch etwas grössere Risiken eingegangen werden.[1410] Sofern *Roxin* hier darauf abstellen wollte, ob ein Verhalten im Einzelfall einem sozial erwünschten oder missbilligten Zweck erfüllt, stünde dies in direktem Widerspruch zur Aussage, dass etwa die Gestattung des Autofahrens auf einer Globalabwägung

1406 *Engisch,* Untersuchungen, 308.

1407 *Sacher,* Sonderwissen, 254 f. und 260.

1408 An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass *Roxin,* AT I^4, § 24 N. 10 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, § 24 N. 10) davon ausgeht, dass der Tatbestand fahrlässiger Erfolgsdelikte – soweit er keine zusätzlichen Verhaltensbeschreibungen enthalte – vollständig durch die Lehre der objektiven Zurechnung ausgefüllt werde. Insofern kann der Begriff der «Fahrlässigkeitszurechnung» nicht auf das Vorhandensein besonderer fahrlässigkeitsspezifischer Tatbestandsmerkmale hinweisen.

1409 *Roxin,* AT I^4, § 24 N. 39 mit Hinweis auf *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 58; *Schünemann,* JA 1975, 575 f. und *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 212 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^5, § 24 N. 39 mit Fn. 79).

1410 *Roxin,* AT I^4, § 24 N. 39 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I^5, § 24 N. 39).

beruhe, weshalb eine Autofahrt bei Einhaltung aller Verkehrsvorschriften erlaubt sei, auch wenn sie keine hochstehenden Interessen verfolge oder gar missbilligenswerten Zwecken diene.[1411] Dieser (wohl vermeintliche) Widerspruch könnte dadurch aufgelöst werden, dass unter «wilden Motorradfahrten» Verhaltensweisen verstanden werden, durch die gegen die Regeln des Strassenverkehrs verstossen wird. In diesem Fall wäre aber fraglich, wozu es eine Abwägung von Kosten und Nutzen des in Frage stehenden Verhaltens überhaupt braucht, zumal der Bereich des erlaubten Risikos offensichtlich überschritten wird.[1412]

v) Kritische Würdigung

337 Die vorangegangenen Erörterungen haben gezeigt, dass sich in der Literatur und Rechtsprechung eine ganze Kaskade von «Konkretisierungsrichtlinien» zur Bemessung des erlaubten Risikos findet. So soll zunächst darauf abgestellt werden, ob bei der Ausübung einer potenziell gefährlichen Tätigkeit die in Gesetzen und Verordnungen enthaltenen Sorgfaltsvorschriften eingehalten werden.[1413] Sofern solche nicht verfügbar sind, sollen auch allgemein akzeptierte Verhaltensregeln privater Organisationen berücksichtigt werden.[1414] Da aber nicht für alle potenziell gefährlichen Betätigungen rechtliche oder allgemein akzeptierte Regelwerke existieren und selbst Tätigkeiten, die Gegenstand von Sorgfaltsvorschriften sind, letztlich nicht bis letzte Detail geregelt werden können, soll für die Bemessung des erlaubten Risikos im Einzelfall darauf abgestellt werden, wie sich eine vernünftige und besonnene Massfigur des entsprechenden Verkehrskreises in der Situation der handelnden Person verhalten hätte.[1415]

338 Angesichts dessen, dass gesetzliche und auch private Sorgfaltsregeln gerade deswegen geschaffen werden, um nicht mehr tolerierbare Risiken zu vermeiden, mag es auf den ersten Blick durchaus plausibel erscheinen, dass in diesen Regeln eine Aussage über das allgemein zu tolerierende Grundrisiko enthalten sei.[1416] Nicht zu übersehen ist aber, dass Sorgfaltsvorschriften für bestimmte Lebensbereiche niemals eine Aussage über das *allgemein tolerierbare Grundrisiko* treffen können, sondern nur über das *bereichsspezifisch*

1411 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 66 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66).

1412 Siehe dazu *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 66; siehe auch LK[12]-*Rönnau,* vor §32 N. 56.

1413 Dazu oben N. 321 ff.

1414 Dazu oben N. 323

1415 Dazu oben N. 324 f.

1416 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 92 ff.

tolerierte Risiko.[1417] Nun mag es zwar aus dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots und der Rechtssicherheit vorzugswürdig erscheinen, die Bemessung des erlaubten Risikos von rechtlichen oder allgemein akzeptierten Sorgfaltsvorschriften abhängig zu machen, weil die Normadressat:in ihr Verhalten dann an diesen Vorschriften ausrichten kann und insofern Klarheit hinsichtlich der Verhaltenserwartungen hergestellt wird.[1418] Gerade im Lichte des Bestimmtheitsgebots erscheint es gleichzeitig aber auch problematisch, wenn das von einer einem Straftatbestand zugrundeliegenden Verhaltensnorm objektiv verbotene Verhalten massgeblich durch Regeln und Vorschriften mitbestimmt wird, ohne dass dies aus dem Wortlaut des Gesetzes ersichtlich wird.[1419]

339 Ob die Bemessung des erlaubten Risikos anhand dieser Kaskade von Konkretisierungsrichtlinien geeignet ist, das von der Verhaltensnorm gebotene Verhalten klar zu bestimmen, ist auch aus anderen Gründen fragwürdig. Nicht zu übersehen ist nämlich, dass die genannten «Kriterien» meist relativiert werden, sodass sie letztlich kaum noch aussagekräftig sind. So wird etwa darauf hingewiesen, dass die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften das Überschreiten des erlaubten Risikos nicht zwingend ausschliesse.[1420] Gleichzeitig soll auch die Missachtung von Sorgfaltsnormen nach verbreiteter Meinung nicht *per se* eine missbilligte Risikoschaffung begründen, sondern eine solche lediglich indizieren.[1421] Lediglich eine Indizwirkung wird sodann privaten Regelwerken und Verkehrssitten zugeschrieben.[1422] Nicht viel mehr Klarheit schafft sodann die Vorgabe, dass für die Bestimmung des erlaubten Risikos im Einzelfall das Verhalten massgeblich sein soll, für das sich die vernünftige und besonnene Massfigur entschieden hätte, weil dieser Massfigur letztlich fast beliebige Eigenschaften zugeschrieben werden können.[1423]

340 Aufgrund dieser Relativierungen wird man richtigerweise erkennen müssen, dass es für die Bestimmung des erlaubten Risikos nicht entscheidend

1417 Es versteht sich von selbst, dass weder Rechtssätze noch irgendwelche anderen Regelwerke den Adressat:innen verbindliche Handlungsanweisungen jenseits ihres Regelungsbereiches erteilen können.

1418 In diese Richtung *Jakobs,* AT², 7/37 und 7/40; *ders.,* System der strafrechtlichen Zurechnung, 30 f.

1419 *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 188 f. mit Hinweis auf BVerfG, NJW 1987, 3165 ff., 3175; ferner *Schünemann,* FS Lackner, 378 ff.

1420 *Stratenwerth,* AT I⁴, § 16 N. 12; ferner *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 48; zurückhaltender *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 67 und § 24 N. 16.

1421 Siehe aber LK¹²-*Rönnau,* vor § 32 N. 56.

1422 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 52; *Riklin,* AT³, § 16 N. 51; *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 24 N. 19.

1423 Zu diesem Problem bereits oben N. 324 ff.

sein kann, ob das in Frage stehende Verhalten aufgrund der Verletzung von staatlichen oder privaten Sorgfaltsvorschriften oder aufgrund der Übertretung anderer Straftatbestände missbilligt ist.[1424] Vielmehr muss es auch hier letztlich auf die Höhe des Risikos ankommen, wobei nach dem Beurteilungsmassstab der h.M. freilich nur die Höhe des *ex ante* erkennbaren Risikos massgeblich ist.[1425] Dass die Höhe des Risikos bzw. die Höhe des *erkannten* Risikos entscheidend ist, wird besonders daran deutlich, dass ein Verhalten trotz der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften nicht als erlaubte Risikoschaffung angesehen werden darf, wenn im konkreten Fall eine Gefahr geschaffen wird, die erkennbar über dem bei sorgfältiger Ausübung der fraglichen Tätigkeit verbleibenden Restrisiko liegt.[1426] Dass der Eindruck aufrechterhalten werden kann, das objektiv erlaubte Risiko werde durch Sorgfaltsvorschriften mitbestimmt, liegt einzig daran, dass nach dem von der herrschenden Meinung angelegten, objektivierten *ex ante*-Massstab objektiv vorliegende Umstände, aufgrund deren sich im Einzelfall die besondere Gefährlichkeit eines Verhaltens ergibt, bei der Beurteilung des erlaubten Risikos nicht berücksichtigt werden, weil und soweit sie bei Einhaltung der Sorgfaltsvorschriften nicht erkannt worden wären.[1427] Indem die Vertreter:innen der Lehre der objektiven Zurechnung bei der Beurteilung des erlaubten Risikos aber nur diejenigen Umstände berücksichtigen, die der handelnden Person selbst beziehungsweise einer an ihrer Stelle eingesetzten Massfigur bekannt waren, beurteilen sie das erlaubte Risiko gar nicht objektiv, sondern greifen auf die subjektive Tatseite vor.[1428]

341 Würde man das erlaubte Risiko hingegen anhand eines tatsächlich objektiven Massstabs beurteilen, so würde rasch deutlich, dass die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften nicht bewirken kann, dass selbst ein im Einzelfall erheblich über dem bei Regeleinhaltung typischerweise verbleibenden Restrisiko liegendes Risiko objektiv, d.h. unabhängig davon, ob es vorsätzlich

1424 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 92 f.; anders aber *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 294.

1425 Für eine objektivierte ex ante-Beurteilung Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 79; S/S[30]-*ders.,* vor §13 N. 92; *Jakobs,* AT[2], 7/32; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 286 f.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 71 f.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 37 ff. *Rengier,* AT[11], §13 N. 54; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 56 i.V.m. N. 40 f.; *Rudolphi,* SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 76 f.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §8 N. 22, 36; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 76 ff.; *ders.,* Internationale Dogmatik, 10

1426 *Duttge,* FS Maiwald, 145; *Maiwald,* FS Jescheck, 420 ff.; siehe aber *Murmann,* FS Herzberg, 139.

1427 *Frister,* AT[8], 10/35 ff.; *Kindhäuser,* GA 1994, 217 f.

1428 Kritisch *Struensee,* JZ 1987, 59 f.; *ders.,* GA 1987, 98 f.

oder fahrlässig herbeigeführt wird, objektiv erlaubt beziehungsweise von der einem Tatbestand zugrundeliegenden Verhaltensnorm nicht verboten sein kann.[1429] Entscheidend muss bei der Anwendung eines objektiven Beurteilungsmassstabes vielmehr sein, ob ein Verhalten unter Berücksichtigung der im Tatzeitpunkt objektiv gegebenen Umstände als gefährlich anzusehen war oder nicht.[1430] Massgeblich muss also die Grösse des Risikos sein, womit sich das für die Bestimmung des erlaubten Risikos massgebliche Kriterium letztlich nicht grundsätzlich von jenem der rechtlich relevanten Risikoschaffung unterscheidet.

c. Würdigung

aa) Zur Zweckhaftigkeit einer Unterscheidung zwischen rechtlicher Relevanz und Erlaubtheit der Risikoschaffung

342 Unterscheiden sich die Kriterien für die Bestimmung des erlaubten Risikos lediglich hinsichtlich der Grösse des Risikos von jenen der rechtlich relevanten Risikoschaffung, so ist zu bezweifeln, ob es tatsächlich zwei unterschiedliche Massstäbe braucht. [1431] Ist nämlich der erste der beiden Massstäbe dermassen weit gefasst, dass er stets durch einen zweiten Massstab korrigiert werden muss, so erfüllt er keine eigenständige dogmatische Bedeutung und kann ersatzlos gestrichen werden. Würde aber der Massstab der rechtlich relevanten Risikoschaffung angemessen bestimmt, so bedürfte es auch keiner Korrektur durch das «erlaubte Risiko». Aus diesem Grund spricht vieles dafür, innerhalb der Stufe der Risikoschaffung auf die Unterscheidung zwischen rechtlicher Relevanz und Erlaubtheit der Risikoschaffung zu verzichten. Hängt das objektiv «erlaubte Risiko» letztlich auch von der Höhe des Risikos ab und – entgegen dem verbreiteten Verständnis – nicht von der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften, so liegt es nahe, bei der Bestimmung der missbilligten Risikoschaffung auf den Begriff des erlaubten Risikos zu verzichten und stattdessen ein Kriterium zu bestimmen, das sich nach der Gefährlichkeit des Verhaltens richtet.[1432]

1429 Vgl. *Maiwald,* FS Jescheck, 423, wonach das erlaubte Risiko der handelnden Person keinen «Freibrief» erteile. Ähnlich *Kindhäuser,* GA 1994, 217. Siehe auch *Duttge,* FS Maiwald, 139, wonach das Argument der Freiheit als tragendes Prinzip der Anerkennung erlaubter Risiken nur solange überzeugend sei, als sich die Perspektive auf den jeweils einzelnen Träger der Handlungsfreiheit beschränke und damit die soziale Dimension des Problems ausser Acht bleibe.

1430 *Frister,* AT[8], 10/36.

1431 Zweifelnd hinsichtlich der Abgrenzbarkeit zum erlaubten Risiko *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 205.

1432 Offenbar ebenfalls den Begriff der rechtlich relevanten Gefahr vorziehend SK-Rudolphi *Seher,* Jura 2001, 815.

bb) Risiko- und Gefahrenbegriff

343 In der Literatur werden die Begriffe des Risikos und der Gefahr zum Teil praktisch austauschbar verwendet. *Goeckenjan* weist aber zutreffend darauf hin, dass die Bedeutung der Begriffe nicht identisch ist.[1433] Vielmehr legt sie dar, dass sich aus der Verwendung der Begriffe im Alltagssprachgebrauch und in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen drei Bedeutungsunterschiede ergeben:

1. Mit dem Begriff Risiko wird eine kalkulierbare Schadenswahrscheinlichkeit bezeichnet, wohingegen bei einer Gefahr die Höhe der Wahrscheinlichkeit nicht angegeben werden kann.
2. Ein Risiko kann von einem bestimmten Entscheidungsträger eingegangen oder zumindest beeinflusst werden; einer Gefahr ist die betroffene Person hingegen schlicht ausgesetzt.
3. Das Risiko wird eher aus Sicht der entscheidenden Person bestimmt, während mit Gefahr die Lage derjenigen Person bezeichnet wird, bei der sich der Schaden realisieren würde, wenn er denn einträte.[1434]

344 *Goeckenjan* erwägt, dass der Umstand, dass die handelnde Person die Schadenswahrscheinlichkeit einer Handlung regelmässig nicht genau kenne, auf den ersten Blick für den Begriff der Gefahr zu sprechen scheine. Gleichzeitig gibt sie aber zu bedenken, dass die Vertreter:innen der Lehre von der objektiven Zurechnung davon ausgehen, dass die Schadenswahrscheinlichkeit einer Handlung jedenfalls in ihrer für die rechtliche Relevanz ausschlaggebenden Höhe bestimmbar sein müsse, was eine gewisse Kalkulierbarkeit voraussetze, sodass wiederum die Verwendung des Begriffs des Risikos naheliegen würde.[1435] Ferner scheine die Zurechnung des Erfolges vorauszusetzen, dass die handelnde Person einen Einfluss auf die Schadenswahrscheinlichkeit haben müsse, was ebenfalls für die Verwendung des Risikobegriffs spreche. Dies decke sich auch mit dem soziologischen Risikokonzept,[1436] das ja gerade dazu diene, die Zuschreibung von Verantwortung für einen etwaigen Schadenseintritt zu ermöglichen.[1437] Der Begriff des Risikos sei deswegen besser geeignet, das von der Zurechnungslehre Gemeinte zu bezeichnen.

1433 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnu ng, 58.

1434 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 58.

1435 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 58.

1436 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 58·verweist hier auf Luhmann, Soziologie des Risikos und Beck, Risikogesellschaft.

1437 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 58 f. mit dem Hinweis, dass es deshalb nur folgerichtig erscheine, dass Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 335 ff. die Risikoschaffung unter dem Aspekt des Strafrechts in der Risikogesellschaft zum Zurechnungskriterium erkläre.

Dabei wird aber verkannt, dass gerade das Verständnis des Risikos als kalkulierbare Schadenswahrscheinlichkeit für die Lehre der objektiven Zurechnung neue Schwierigkeiten schafft: Bezeichnet ein Risiko lediglich eine Schadenswahrscheinlichkeit, so ist jedem Verhalten ein gewisses Risiko eines Erfolgseintritts inhärent, mag es auch noch so klein sein. Die Qualifikation eines Verhaltens als Risiko sagt somit noch nichts darüber aus, ob es missbilligt ist oder nicht. Der Begriff des Risikos alleine lässt es nicht zu, die hierfür erforderlichen Abgrenzungen zu treffen. Dies macht es erforderlich, den für die objektive Zurechnung relevanten Risikobegriff mit weiteren Attributen zu versehen, anhand deren eine Wertung getroffen werden kann. 345

346 Ausgehend vom Verständnis des Risikos als kalkulierbare Schadenswahrscheinlichkeit liegt es zunächst nahe, die Missbilligung eines Verhaltens von der Höhe der Schadenswahrscheinlichkeit abhängig zu machen.[1438] Eben dies setzt aber voraus, dass festgelegt wird, ab welcher Schadenswahrscheinlichkeit ein Verhalten missbilligt ist. Weil es zwischen verschiedenen als Schadenswahrscheinlichkeit verstandenen Risiken nur graduelle Unterschiede geben kann, werden festgelegte Schwellen stets einigermassen willkürlich wirken: Weil und soweit es zwischen den Risiken gerade oberhalb der Schwelle und denen just unterhalb keine kategorialen, sondern lediglich graduelle Unterschiede gibt, so ist es – völlig unabhängig davon, wo die Schwelle angelegt wird – schwierig zu begründen, weshalb die Schwelle gerade dort anzusetzen sei.[1439] In praktischer Hinsicht können sich bei der Anwendung dieses Kriteriums sodann etliche Schwierigkeiten ergeben, zumal die als gegeben vorausgesetzte Kalkulierbarkeit der Schadenswahrscheinlichkeit realiter nicht immer gegeben sein muss.[1440] Diese Schwierigkeiten können freilich vermieden werden, wenn die Wertung nicht von der Schadenswahrscheinlichkeit, sondern von ganz anderen Kriterien, wie etwa die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften, abhängig gemacht wird.[1441] Doch auch dieser Ansatz hat erhebliche Schwächen: Weist das Kriterium, anhand dessen über die Missbilligung eines Risikos bzw. dessen Schaffung entschieden werden soll, gar keinen unmittelbaren Bezug zur Schadenswahrscheinlichkeit auf, so entsteht eine Dissonanz zwischen dem Risikobegriff und den tatsächlich für

1438 In diese Richtung scheint die Konzeption des Zurechnungsausschlusses bei «fehlender rechtlich relevanter Risikoschaffung» zu gehen, siehe dazu oben N. 289 ff.

1439 Dazu schon oben N. 292. Zu Schwierigkeiten hinsichtlich der Abgrenzung von fehlender rechtlich relevanter Risikoschaffung und erlaubten Risiken auch *Roxin/Greco*, AT I[5], § 11 N. 67.

1440 Vgl. dazu die Bedenken bei *Jakobs*, AT[2], 8/36.

1441 In diese Richtung geht das Konzept des erlaubten Risikos, siehe oben N. 320 ff., zu dessen Entstehung und Legitimation, oben N. 296 ff.

die Beurteilung angewendeten Kriterien. Die Verwendung des Risikobegriffs suggeriert dann zwar, dass die Schadenswahrscheinlichkeit für die Beurteilung eine Rolle spiele, obwohl in Wirklichkeit das andere Kriterium massgebend ist. Kommt es aber gar nicht auf die Schadenswahrscheinlichkeit an, so gibt es eigentlich auch keinen Grund, den Risikobegriff zu verwenden.

347 Aufgrund der Schwächen des Risikobegriffes spricht m.E. vieles dafür, auf seine Verwendung zu verzichten und stattdessen den Begriff der Gefahr zu verwenden. Bei genauem Hinsehen geht es bei der Bestimmung des verbotenen Verhaltens auch nicht um kalkulier- und kontrollierbare Schadenswahrscheinlichkeiten, wie es der Risikobegriff suggeriert. Untersagt wird vielmehr die Schaffung handfester Gefahren für die bedrohten Rechtsgüter.[1442] Für den Gefahrenbegriff spricht auch, dass der Unterschied zwischen einer Gefahr und einer Situation, in der keine Gefahr besteht, nicht bloss gradueller, sondern kategorialer Art ist.[1443] Im Gegensatz zur Abgrenzung zwischen erlaubten und missbilligten Risiken, zwischen denen es letztlich nur graduelle Unterschiede gibt und deren Schwelle daher letztlich willkürlich festgelegt werden muss, erlaubt der Gefahrenbegriff eine wesentlich intuitivere Grenzziehung, die kaum juristisches Vorwissen voraussetzt: Praktisch jede Person kann intuitiv entscheiden, ob sie eine bestimmte Situation als Gefahr einschätzt oder nicht. In seiner Studie «Vorsatz und Risiko» schreibt *Frisch,* dass das kennzeichnende Charakteristikum des verbotenen Verhaltens so beschaffen sein muss, dass es sich für die Aufnahme in Verbots- oder Gebotsnormen eignet.[1444] *Frisch* meinte damit, dass das relevante Kriterium in der Situation *ex ante* feststellbar sein müsse; es sich also auf einen Umstand beziehen müsse, der in diesem Moment bereits gegeben ist.[1445] Damit sich ein Kriterium zur Bestimmung des verbotenen Verhaltens aber für die Aufnahme in eine Verbots- oder Gebotsnorm eignet, muss es auch praktikabel sein. Es genügt nicht, dass es sich auf einen *ex ante* erkennbaren Umstand bezieht, wenn dessen relevante Eigenschaften einer lebensnahen Beurteilung nicht zugänglich sind. Sollen die Normadressat:innen dazu angehalten werden, die Schaffung ernsthafter Bedrohungslagen für tatbestandlich geschützte Rechtsgüter zu vermeiden, so erwiese sich eine Anweisung, die Verhaltensweisen mit einer Schadenswahrscheinlichkeit von 25% verbietet, als untauglich, weil sich die tatsächliche Wahrscheinlichkeit eines Schadensereignisses

1442 Von «handfesten Gefahren» spricht auch *Frisch,* 83 f. mit Fn. 112, wo er auch den Bezug zum Notstand und dessen Gefahrerfordernis herstellt.

1443 Die Adjektive «gefährlich» und «ungefährlich» bezeichnen völlig gegensätzliche Zustände und sprachlich bleibt kein Raum für Zwischentöne.

1444 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76.

1445 Ebenda.

kaum je zutreffend *ad hoc* abschätzen liesse.[1446] Lautet die Verhaltensanweisung hingegen: «Schaffe keine Gefahr für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut!», so können die Normadressat:innen ihr Verhalten danach richten, ob sie ein bestimmtes Verhalten für gefährlich halten oder nicht.[1447]

cc) Beurteilungsmassstab und Basis des Urteils

348 Für eine einzelfallgerechte Bestimmung des Kriteriums ist zunächst entscheidend, dass tatsächlich auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt wird. Massgeblich müssen alle im Zeitpunkt der Tat gegebenen Umstände sein und nicht nur diejenigen, die für die handelnde Person, beziehungsweise eine an ihrer Stelle eingesetzte Massfigur, erkennbar waren.[1448] Entsprechend muss, entgegen der herrschenden Meinung, bereits auf der Stufe der Schaffung eines missbilligten Risikos eine *ex post*-Beurteilung massgeblich sein.[1449] Im Vergleich zur Stufe der Verwirklichung des missbilligten Risikos unterschiedlich zu bestimmen ist aber die Basis des Urteils: Für die Stufe der Schaffung eines missbilligten Risikos sind prinzipiell diejenigen Umstände zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt der Tatausführung gegeben waren. Für die Beurteilung der Stufe der Verwirklichung müssen hingegen auch die nachträglich eingetretenen Umstände bis zum Zeitpunkt des Erfolgseintritts relevant sein.[1450]

349 Ausgehend von den im Tatzeitpunkt objektiv gegebenen Umständen ist sodann zu beurteilen, ob aufgrund ebendieser Umstände ein rechtlich relevantes Risiko hinsichtlich der Herbeiführung eines tatbestandsmässigen Erfolgs vorlag. Im Gegensatz zur Adäquanztheorie ist also nicht danach zu fragen, ob ein bestimmtes Verhalten im Allgemeinen geeignet ist, einen Erfolg in der Art des Eingetretenen herbeizuführen.[1451] Auf Abstraktionen und Generalisierungen ist also zu verzichten. Stattdessen ist danach zu fragen, ob ein Verhalten unter den im Tatzeitpunkt objektiv gegebenen Umständen die Gefahr eines Erfolgseintritts geschaffen hat.

1446 In vielen Situationen wird es selbst *ex post* kaum möglich sein, genaue Angaben für die Wahrscheinlichkeit bestimmter Ereignisse zu nennen. Eine Ausnahme dürften aber etwa die Übertragungswahrscheinlichkeiten von Krankheitserregern wie HIV darstellen. Siehe etwa BGE 131 IV 1 E. 2.3 f.

1447 Das Erkennen von Gefahren wird den Adressat:innen der dem StGB zugrundeliegenden Verhaltensnormen bereits im Zusammenhang mit dem Notstand nach Art. 17 StGB zugetraut.

1448 *Frister,* AT[8], 10/36 ff., *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.; ferner *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117 und 133.

1449 *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.

1450 Dazu unten, N. 380 f.

1451 Für die Berücksichtigung der konkreten Umstände sprach sich auch *Honig,* FS Frank, 185 f.

dd) Notwendigkeit einer positiven Bestimmung des missbilligten Risikos

350 Zu beachten ist dabei, dass sich eine solche Aussage auf *spezifische* Verläufe und die daran anknüpfenden Erfolgseintritte beziehen muss: Das Schiessen auf eine Person stellt eine missbilligte Risikoschaffung hinsichtlich eines Tötungsdelikts dar, weil die Person von dem Projektil getroffen und durch dessen kinetische Energie tödliche Verletzungen erleiden könnte. Das ungesicherte Abstellen eines Blumentopfs auf einem Fenstersims ist eine missbilligte Risikoschaffung, weil der Blumentopf hinabstürzen und eine Passant:in erschlagen könnte.[1452] Deswegen ergibt es keinen Sinn, bei der Bestimmung der missbilligten Risikoschaffung ein «negatives Verfahren» anzuwenden,[1453] bei dem diejenigen Fälle ausgeschlossen werden, bei denen kein rechtlich relevantes Risiko geschaffen wurde.[1454] Dabei stellt sich aber das Problem, dass ein Verhalten, welches in einer bestimmten Hinsicht gefährlich ist, in anderer Hinsicht ungefährlich erscheint: Wer mit einer Schusswaffe auf eine Person feuert, schafft dadurch nicht das rechtlich relevante Risiko, dass diese Person von einem Blumentopf erschlagen wird. Und wer einen Blumentopf unsicher auf einen Fenstersims abstellt, schafft dadurch nicht die Gefahr eines Todeseintritts durch eine Schussverletzung. Um die Schaffung eines missbilligten Risikos unter Anwendung eines negativen Verfahrens ausschliessen zu können, müsste konsequenterweise dargelegt werden, dass die handelnde Person *keinerlei* Gefahren eines tatbestandsmässigen Erfolgseintrittes geschaffen hat.[1455] Aus diesem Grund erscheint es zweckmässiger, jeweils zu verlangen, dass die Schaffung eines missbilligten Risikos im Hinblick auf einen bestimmten Erfolg positiv begründet wird.

C. Exkurs zur Bestimmung der Fahrlässigkeit

1. Kritik an der vorherrschenden Fahrlässigkeitskonzeption

351 Mit der Einsicht, dass die subjektive Erkennbarkeit des Risikos und insofern auch der Tatbestandsverwirklichung nicht bereits eine Frage der Schaffung eines missbilligten Risikos sei, sondern den Vorsatz und die Fahrlässigkeit

1452 Vgl. zu diesen Beispielen *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 23 und 56 f.

1453 Zum üblichen Vorgehen *Krey/Esser,* AT⁶, N. 333; ferner *Gropp,* AT⁴, § 4 N. 87; für das Vorsatzdelikt auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 298 f.

1454 Siehe dazu etwa *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 53 ff.

1455 Ebendies würde aber eigentlich wiederum die positive Feststellung voraussetzen, dass in Bezug auf spezifische tatbestandsmässige Erfolge die Wahrscheinlichkeit eines zu einem Erfolgseintritt führenden Verlaufes nicht hinreichend gross ist, um das Verhalten in dieser Hinsicht als missbilligte Risikoschaffung zu qualifizieren.

betreffe, ist freilich nicht viel gewonnen, wenn die Fahrlässigkeitsdogmatik den Kern des Handlungsunwerts beim Fahrlässigkeitsdelikt in einer Sorgfaltspflichtverletzung erblickt,[1456] bei deren Bestimmung nicht sauber zwischen der objektiven und der subjektiven Tatseite unterschieden wird.[1457] Ein Blick in die schweizerische Literatur und Rechtsprechung lässt nun aber erahnen, dass gerade dies der Fall zu sein scheint.[1458] So ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ein Verhalten dann sorgfaltswidrig, «wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat.»[1459]

352 Auf den ersten Blick, lassen sich die objektiven und subjektiven Elemente in dieser Formel des Bundesgerichts durchaus auseinanderhalten. Dieser Eindruck schwindet aber, sobald man die Erwägung des Bundesgerichts zu Ende liest:

> «Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung bildet die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen für den konkreten Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein. Zunächst ist daher zu fragen, ob der Täter eine Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte voraussehen beziehungsweise erkennen können und müssen. Für die Beantwortung dieser Frage gilt der Massstab der Adäquanz. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen. Die Adäquanz ist nur zu verneinen, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden des Opfers beziehungsweise eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden

1456 In diese Richtung aber *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 85, 340; *Jean-Richard,* FS Donatsch, 97; *Hurtado Pozo,* N. 1367 f.; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 88 (siehe aber N. 84a); *Riklin,* AT[3], §16 N. 44 ff., 58 i.V.m. §13 N. 40, 50 f.; *Seelmann/Geth*[6], N. 465 (ebenso *Geth*[7], N. 465); Stratenwerth, AT I[4], vor §16 N. 3; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 262.

1457 Implizit 135 IV 56 E. 2.1; ausdrücklich gegen eine Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandselementen *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 336; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 89; *Stratenwerth,* AT I[4], vor §16 N. 2 f.; anders aber *Jean-Richard,* FS Donatsch, 96 ff.; *Hurtado Pozo,* N. 1397 f.; *Riklin,* AT[3], §16 N. 49. Kritisch *Frister,* AT[8], 12/2.

1458 Vgl. PK[3]-*Trechsel/Jean-Richard,* Art. 12 N. 23, die m.w.N. darauf hinweisen, dass das Fahrlässigkeitsdelikt in der Literatur als eigenständiger Deliktstypus dargestellt werde.

1459 BGE 135 IV 56 E. 2.1; ebenso BGE 127 IV 62 E. 2d; 130 IV 7 E. 3.2; 133 IV 158 E. 5.1

musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Angeschuldigten – in den Hintergrund drängen.»[1460]

353 Das Bundesgericht setzt damit nicht nur die Erkennbarkeit der geschaffenen Gefahr kurzerhand mit der Vorhersehbarkeit des Erfolges gleich, sondern wendet mit dem Massstab der Adäquanz auch ein generalisierendes Beurteilungskriterium an.[1461] Es will die (individuelle) Voraussehbarkeit des Erfolges also anhand eines verallgemeinernden Massstabes beurteilen, der zu einem gewissen Grad von den Umständen des Einzelfalles abstrahiert, wobei der Grad der Generalisierung oftmals unklar bleibt.[1462] Ob ein solcher Massstab zur Beurteilung der tatsächlichen Vorhersehbarkeit des Erfolges zweckmässig ist, erscheint zweifelhaft.[1463] Nicht zu übersehen ist sodann, dass das Bundesgericht die subjektive Tatseite des Fahrlässigkeitsdelikts offenbar für nicht hinreichend bedeutsam hält, um sich die Mühe zu machen, deren *positive* Voraussetzungen zu bestimmen. Stattdessen begnügt es sich damit, «ganz aussergewöhnliche Umstände» aufzuzählen, aufgrund deren die Voraussehbarkeit des Erfolges ausnahmsweise zu verneinen sei.[1464]

354 In der Literatur ist man sich zwar weitgehend einig, dass die individuelle Vorhersehbarkeit des Erfolgs zu den Grundvoraussetzungen der «pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit» gehört.[1465] Dennoch scheinen auch hier Schwierigkeiten zu bestehen, diesem Kriterium einen eigenständigen Gehalt zu geben. Zwar wird betont, dass für die Beurteilung die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten der beschuldigten Person berücksichtigt werden müssen, die Voraussehbarkeit des Erfolgs soll aber letztlich doch anhand eines

---

1460 BGE 135 IV 56 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 131 IV 145 E. 5.1 und E. 5.2; 130 IV 7 E. 3.2; 128 IV 49 E. 2b; 127 IV 62 E. 2d.

1461 Dass das Bundesgericht bei der Beurteilung der Voraussehbarkeit des Erfolges einen individualisierten Adäquanzmassstab anlegen will, ändert letztlich nichts daran, dass es sich beim Adäquanzmassstab um einen generalisierenden Massstab handelt. Vgl. dazu *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 267; *R. Huber,* Bedeutung der Selbstgefährdung, 82 ff.

1462 Vgl. *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 82 ff.; *R. Huber,* Bedeutung der Selbstgefährdung, 79 ff., 82; PK[3]-*Trechsel/Jean-Richard,* Art. 12 N. 38.

1463 *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 140 f.; *R. Huber,* Bedeutung der Selbstgefährdung, 69 f., 79 ff. und 82.

1464 Siehe nur BGE 135 IV 56 E. 2.1.

1465 *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 8; *Arzt,* SJZ 92 (1996), 305 ff.; CR-*Cobroz,* Art. 12 N. 157 f.; *Hurtado Pozo,* N. 1369; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 44; *Schultz,* AT[4], 210; *Seelmann/Geth*[6], N. 465 (ebenso *Geth*[7], N. 465); PK[3]-*Trechsel/Jean-Richard,* Art. 12 N. 38; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 267.

Adäquanzmassstabes beurteilt werden.[1466] Der Fokus der Fahrlässigkeitsdogmatik verlagert sich deswegen auf die Frage, ob der äussere Handlungsvollzug sorgfaltswidrig war; ob dadurch die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten wurden.[1467] Damit ist man aber freilich wieder auf der objektiven Seite des Fahrlässigkeitsbegriffs. Anerkennt man die Schaffung eines missbilligten Risikos aber sowohl bei Vorsatz- als auch bei Fahrlässigkeitsdelikten als objektives Tatbestandsmerkmal, so kann es sich bei diesem Kriterium nicht um ein Spezifikum des Fahrlässigkeitsdelikts handeln.[1468] Dementsprechend ist es auch fragwürdig, mit diesem Kriterium den Fahrlässigkeitsbegriff auszufüllen.[1469] Lässt man die objektive Seite des vorherrschenden Fahrlässigkeitsbegriffes aber weg, so bleibt davon nicht mehr viel übrig.

2. Rekonstruktion des Fahrlässigkeitsbegriffs

a. Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit

355 Die Formulierung eines gehaltvollen Fahrlässigkeitsbegriffes muss auf der Einsicht beruhen, dass die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit innerhalb des Straftatsystems dieselbe Funktion erfüllen, also funktional gleichgestellt sind.[1470] Bei beiden Begriffen muss es um die subjektive Beziehung der Normadressat:in zu dem von der Verhaltensnorm objektiv verbotenen Verhalten gehen.[1471] Mit Blick auf den Vorsatz ist völlig unbestritten, dass er sich auf innere Momente bezieht.[1472] Gleiches muss aber auch für den Begriff der Fahrlässigkeit gelten.[1473] Im Gegensatz zur Definition des Vorsatzes, die «Wissen und Willen» voraussetzt, benennt die gesetzliche Definition der Fahrlässigkeit gerade keine inneren Momente, die für die Annahme einer fahrlässigen Tatbegehung gegeben sein müssen, sondern bestimmt, dass fahrlässig handle, «wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit

1466 BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 99; *Riklin,* AT[3], §16 N. 44 ff.; Seelmann/Geth[6], N. 465 ff. (entsprechend *Geth*[7], N. 465 ff.); *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 8 f.; PK[3]-*Trechsel/Jean-Richard,* Art. 12 N. 38; *Stratenwerth/Wohlers*[3], Art. 12 N. 10; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 267 f.

1467 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 340; *Seelmann/Geth*[6], N. 468 ff. (ebenso *Geth*[7], N. 468 ff.); *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 11; so auch die Rechtsprechung BGE 127 IV 62 E. 2d; 130 IV 7 E. 3.2; 133 IV 158 E. 5.1; 135 IV 56 E. 2.1.

1468 *Frister,* AT[8], 12/2 f.; vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 9/5 ff.

1469 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 128; *Frister,* AT[8], 12/3.

1470 *Schmoller,* FS Kindhäuser, 441 ff. bezeichnet die Fahrlässigkeit als Pendant zum Vorsatz; vgl. ferner *Frister,* AT[8], 12/1 ff., der von einer Parallelität von Vorsatz und Fahrlässigkeit spricht. Nach *Jakobs,* AT[2], 9/4 sind Vorsatz und Fahrlässigkeit gleichermassen Formen der Vermeidbarkeit.

1471 *Schmoller,* FS Kindhäuser, 445 f.; vgl. auch *Frister,* AT[8], 10/37.

1472 Art. 12 Abs. 2 StGB.

1473 *Jakobs,* Teheran-Beiheft ZStW (1974), 34.

nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt».[1474] Entscheidend für die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist letztlich nicht, dass die Folge des Verhaltens nicht bedacht wurde oder dass darauf keine Rücksicht genommen wurde,[1475] sondern dass diese durchaus hätte erkannt und das Verhalten dementsprechend auf die Vermeidung der Folge hätte ausgerichtet werden können.[1476] Die Fahrlässigkeit lässt sich demnach im Anschluss an *Jakobs* sowie weitere Autor:innen als *Erkennbarkeit* (der Tatbestandsverwirklichung) deuten.[1477]

356 Aus der Einsicht, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit funktionsgleiche Begriffe sind, die je eine bestimmte subjektive Beziehung der Normadressat:in zum verbotenen Verhalten kennzeichnen, lassen sich weitere Einsichten ableiten. Daraus, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit die subjektive Tatseite betreffen, folgt zunächst, dass die Erkennbarkeit zwingend nach einem individuellen Massstab bestimmt werden muss.[1478] Dass die Fahrlässigkeit nach einem individuellen und nicht nach einem objektivierten Massstab zu beurteilen ist, entspricht insoweit der in der Schweiz einhellig vertretenen Auffassung.[1479] Entgegen den Einwänden von Vertreter:innen der vor allem in Deutschland noch vorherrschenden Gegenmeinung[1480] führt eine individuelle Bestimmung der Fahrlässigkeit weder zu einer Nivellierung der Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld noch zur Auflösung allgemeiner Verhaltensnormen.[1481] Die Fahrlässigkeit hat keinen Einfluss auf das objektiv

1474 Art. 12 Abs. 3 StGB

1475 Vgl. NK[5]-*Puppe,* §15 N. 5, wonach diese «Negation des Vorsatzes» keine Funktion erfülle; in diese Richtung auch SK[9]-*Hoyer,* Anhang zu §16 N. 7; vgl. ferner *Engisch,* Untersuchungen, 265, wonach ein «Ignorantiamoment» der Fahrlässigkeit nicht prinzipiell eigentümlich sei; ähnlich schon *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 48 Fn. 1; anders aber *Exner,* Fahrlässigkeit 139; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 335.

1476 *Jakobs,* AT[2], 9/2 ff.; die Erkennbarkeit bei Einhaltung der inneren Sorgfalt betonend *Burkhardt,* SB Straftatsystem, 124 ff.; *ders.,* SB Strafrecht und Gesellschaft, 442 ff.; *D. Sauer,* Fahrlässigkeitsdogmatik, 53 f., 65 ff., 85; für die Massgeblichkeit der Erkennbarkeit für die Fahrlässigkeitsschuld schon *Engisch,* Untersuchungen, 365 ff., 410 ff.

1477 *Jakobs,* AT[2], 9/5 ff.; ders., Studien, 64 ff.; ferner *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 124 ff.; *ders.,* SB Strafrecht und Gesellschaft, 442 ff.; MK[3]-*Duttge,* §15 N. 107 ff. (ebenso MK[4]-*Duttge,* §15 N. 107 ff.); *Frister,* AT[8], 12/3 f.; *Gropp,* AT[4], §12 N. 133 ff.; *Pawlik,* Unrecht des Bürgers, 333 ff., 341 ff.; *D. Sauer,* Fahrlässigkeitsdogmatik, 53 f., 65 ff., 85; *Schmoller,* FS Frisch, 252 f.; *ders.,* FS Kühl, 433 ff.; *ders.,* FS Kindhäuser, 441 ff.

1478 *Jakobs,* AT[2], 9/5 ff.; ferner; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 120, 124; *Frister,* AT[8], 12/5; *Gropp,* AT[4], §12 N. 133 ff.; *D. Sauer,* Fahrlässigkeitsdogmatik, 65, 85.

1479 *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 8; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 345; BSK-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 99 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 467 (ebenso *Geth*[7], N. 467); *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 267.

1480 Vgl. Jescheck/Weigend, AT[5]563 ff.; Kühl, AT[8], §17 N. 22 ff., *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 53 ff. je m.w.N.

1481 *Stratenwerth,* FS Jescheck, 268 ff.; anders aber *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 57 ff.; *Schünemann,* FS Schaffstein, 162 ff.; *ders.,* JA 1975, 514.

von der Verhaltensnorm gebotene oder verbotene Verhalten, sondern betrifft die Motivierbarkeit der Normadressat:in.[1482] Die Motivationswirkung der Verhaltensnorm muss ihre Grenzen aber notwendigerweise in den Erkenntnisfähigkeiten der Normadressat:in finden, zumal diese ihr Verhalten nur an den für sie erkennbaren Umständen ausrichten kann.[1483]

357 Aus der Funktionsgleichheit von Vorsatz und Fahrlässigkeit folgt ferner, dass sich beide auf dieselben Gegenstände beziehen müssen.[1484] Hat sich also der Vorsatz auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale zu beziehen, so kann für die Fahrlässigkeit nichts anderes gelten. Entgegen der verbreiteten Rede von der «Vorhersehbarkeit des Erfolgs»[1485] ist der Erfolg also nicht alleiniger Gegenstand der Fahrlässigkeit. Die Erkennbarkeit muss sich vielmehr auch auf alle anderen objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen,[1486] namentlich auch auf die Schaffung eines missbilligten Risikos.[1487]

b. Bestimmung der Erkennbarkeit

358 Darzulegen bleibt allerdings, wie die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung im Einzelnen zu bestimmen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Definition der Fahrlässigkeit auf die Existenz zweier Formen der Fahrlässigkeit hindeutet: Fahrlässig kann einerseits handeln, wer die Folgen des eigenen Verhaltens aus «pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt», und andererseits, wer auf die Folgen des eigenen Verhaltens «nicht Rücksicht nimmt».[1488] Ersteres deutet auf die unbewusste Fahrlässigkeit hin, Letzteres auf die bewusste Fahrlässigkeit.[1489] Nach herrschender Auffassung wiegt die eine Form der Fahrlässigkeit nicht prinzipiell schwerer als die andere.[1490] Der Unterscheidung zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit wird deshalb in der schweizerischen Literatur – soweit ersichtlich –

1482 *Frister,* AT[8], 10/37; zur objektiven Bestimmung der Normwidrigkeit des Verhaltens *Seher,* Zurechnung, 723 f.

1483 *Jakobs,* Studien, 68.

1484 Vgl. *Frister,* AT[8], 12/23; *Jakobs,* AT[2], 9/7 Fn. 10.

1485 BGE 135 IV 56 E. 2.1.; 131 IV 145 E. 5.1 und E. 5.2; 130 IV 7 E. 3.2; 128 IV 49 E. 2b; 127 IV 62 E. 2d; 118 IV 130 E. 3; 116 IV 306 E. 1a; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 44.

1486 *Frister,* AT[8], 12/23; *Jakobs,* AT[2], 9/7 Fn. 10.

1487 Vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 9/7, wonach strafrechtlich Relevant nur die Voraussehbarkeit eines Risikos sei, «das ausserhalb des erlaubten Risikos liegt und auch sonst objektiv zurechenbar ist» [Hervorhebung entfernt]. Vgl. ferner *Sacher,* Sonderwissen, 251.

1488 Art. 12 N. 3 StGB; siehe auch *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 16.

1489 Vgl. *Seelmann/Geth*[6], N. 457 (ebenso *Geth*[7], N. 457); *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 16.

1490 Vgl. BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 85; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 36; *Seelmann/Geth*[6], N. 458 (*Geth*[7], N. 458); *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 17; HK[3]-*Stratenwerth/Wohlers,* Art. 12 N. 9; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 259; anders aber *Arthur Kaufmann,* Schuldprinzip, 162.

auch keine besondere Bedeutung bei der Bestimmung der Anforderungen an die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit zugeschrieben.[1491] Darin dürfte aber ein Fehler und zugleich der Grund für die Schwäche der vorherrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik zu sehen sein.

359 Bevor nun aber mit der Bestimmung der Erkennbarkeit bei bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit begonnen wird, ist darauf hinzuweisen, dass in der deutschen Dogmatik gerade von denjenigen Autoren, die die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit deuten, teilweise vertreten wird, dass es keine bewusste Fahrlässigkeit gebe.[1492] Diese Auffassung beruht auf der Annahme, dass für die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bereits das kognitive Wissenselement massgeblich sei und es daher keine bewusste Fahrlässigkeit geben könne, deren intellektuelle Seite mit jener des Vorsatzes identisch sei.[1493] Die Frage, ob diese Auffassung eine Ausdehnung des Bereichs des Eventualvorsatzes bewirkt, muss an dieser Stelle offenbleiben.[1494] Die Auffassung, dass für die Bestimmung des Vorsatzes alleine auf das Wissenselement abgestellt werden könne, muss hier aber mit Blick auf den klaren Wortlaut des Art. 12 Abs. 2 StGB abgelehnt werden, wonach eine Tat vorsätzlich begeht, wer sie «mit Wissen und Willen ausführt».[1495] Dementsprechend wird hier angenommen, dass es sowohl die unbewusste als auch die bewusste Fahrlässigkeit gibt und dass diese Unterscheidung bei der Bestimmung der Erkennbarkeit zu berücksichtigen ist.

aa) Bewusste Fahrlässigkeit

360 Bei der Bestimmung der Erkennbarkeit ist sinnvollerweise mit der *bewussten Fahrlässigkeit* zu beginnen, da diese am wenigsten Schwierigkeiten bereitet.[1496] Zu bejahen ist die Erkennbarkeit zunächst dann, wenn die beschuldigte Person die relevanten Tatumstände im Zeitpunkt der Ausführung zu-

---

1491 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 340 f.; siehe auch die Darstellungen des Aufbaus des Fahrlässigkeitsdelikts bei *Seelmann/Geth*[6], N. 461 (entsprechend *Geth*[7], N. 461) und *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 260. Siehe auch *Jakobs,* AT[2], 9/3; *Kindhäuser,* AT[8], § 33 N. 70; *Murmann,* GK[5], § 30 N. 5.

1492 *Frister,* AT[8], 12/22; *Jakobs,* AT[2], 9/3; in diese Richtung auch *Hruschka,* Strukturen der Zurechnung, 27.

1493 *Frister,* AT[8], 11/21 ff. und 12/22; *Jakobs,* AT[2], 8/23 und 9/3; für diese sog. Möglichkeitstheorie auch *Kindhäuser,* AT[8], § 14 N. 27 ff.; *Schmidhäuser,* AT[2], 10/89 ff. (436 ff.).

1494 Auf eine Ausdehnung des Eventualvorsatzes scheinen die Ausführungen bei *Jakobs,* AT, 9/3 hinzudeuten. In die entgegengesetzte Richtung scheint aber *Frister,* AT[8], 11/23 f. zu gehen.

1495 Siehe hierzu BSK-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 22. Gleiches dürfte aufgrund von § 6 Abs. 2 öStGB auch für das österreichische Strafrecht gelten.

1496 *Sacher,* Sonderwissen, 251 f.

treffend erkannt hat.[1497] Aus dem tatsächlichen Erkennen der objektiv gegebenen Tatumstände folgt notwendigerweise, dass sie individuell erkennbar gewesen sein mussten.[1498] Für die Annahme, dass die beschuldigte Person die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos erkannt hat und dieses somit erkennbar war, kann nicht das Bewusstsein ausreichen, dass ein bestimmtes Verhalten im Allgemeinen geeignet ist, den tatbestandsmässigen Erfolg herbeizuführen.[1499] Erforderlich muss vielmehr sein, dass die beschuldigte Person, die konkreten Umstände erkennt, aufgrund deren eine bestimmte Situation objektiv gefährlich ist.[1500] Neben der Kenntnis der konkreten Umstände ist sodann das Wissen zu verlangen, dass sich aus diesen Umständen die Gefahr eines zu einem Erfolgseintritt führenden Geschehens ergibt.[1501] Dazu reicht es nicht aus, dass die Möglichkeit eines Erfolgseintritts theoretisch für denkbar gehalten wird, der Erfolgseintritt muss in der konkreten Situation in einem qualifizierenden Sinn wahrscheinlich erscheinen.[1502] Dies folgt daraus, dass sich das bewusst fahrlässige «Erkennen» auch auf das objektive Tatbestandsmerkmal der Schaffung eines missbilligten Risikos beziehen muss und eben nicht nur eine «Voraussehbarkeit des Erfolgs» verlangt wird.[1503] Aus dem Erkennen einer bestimmten missbilligten Gefahr folgt nicht die Voraussehbarkeit jedes beliebigen Erfolges.[1504]

361 Erkennt die beschuldigte Person, dass sie in der konkreten Situation ein missbilligtes Risiko schafft, so handelt sie in Bezug auf diese Risikoschaffung bewusst fahrlässig – die Prüfung einer besonderen Sorgfaltspflichtverletzung erübrigt sich. Damit erübrigt sich auch die Relativierung von Sorgfalts-

1497 Vgl. *Engisch,* Untersuchungen, 388; insoweit ähnlich *Struensee,* JZ 1987, 61 f.

1498 Aus ebendiesem Grund sieht sich die h.M. gezwungen, auch bei der Anwendung des «objektiven» *ex ante*-Massstabs zur Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos das Sonderwissen der beschuldigten Person zu berücksichtigen. Dazu oben N. 236 f.

1499 Ebendies liefe wieder auf einen generalisierenden Adäquanzmassstab hinaus, der zur Beurteilung der individuellen Erkennbarkeit völlig ungeeignet ist. Wird nämlich angenommen, ein bestimmtes Verhalten, beispielsweise die Teilnahme am Strassenverkehr, sei im Allgemeinen riskant, so liegt dies daran, dass es bei der Ausübung dieser Tätigkeit unter besonderen Umständen zu akut gefährlichen Situationen kommen kann, die manchmal – aber keineswegs immer – in einem Erfolgseintritt münden. Dass es solche Fälle gibt, bedeutet aber keineswegs, dass die entsprechende Tätigkeit immer mit einer gewissen Gefahr eines Erfolgseintritts verbunden ist.

1500 Insoweit ähnlich *Struensee,* JZ 1987, 61 f.; SK⁹-*Hoyer,* Anhang zu § 16 N. 31 ff.

1501 Ähnlich *Frister,* AT⁸, 12/16, der sich hier aber nicht auf die bewusste Fahrlässigkeit bezieht, deren Existenz er negiert (a.a.O. 12/22).

1502 *Jakobs,* AT², 9/7; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 119.

1503 Insoweit anders aber *Struensee,* JZ 1987, 58, der den «Sachverhaltsunwert» gerade nicht als objektives Tatbestandsmerkmal anerkennt; vgl. auch *ders.,* GA 1987 105.

1504 In diese Richtung schon *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 55 ff.

vorschriften in Fällen, in denen die von der beschuldigten Person erkannte konkrete Gefahr das bei Regeleinhaltung typischerweise verbleibende Restrisiko überschreitet.[1505]

bb) *Unbewusste Fahrlässigkeit*

362 Schwieriger ist die Bestimmung der Erkennbarkeit bei der *unbewussten Fahrlässigkeit,* bei der die beschuldigte Person die relevanten Tatumstände gerade nicht erkannt hat. Aus dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 StGB wird deutlich, dass das Nichtbedenken der Folgen nicht schlechthin fahrlässig ist, sondern nur dann, wenn die Folgen des Verhaltens aus «pflichtwidriger Unvorsichtigkeit» nicht bedacht werden.[1506] Davon ist gemäss dem weiteren Wortlaut des Art. 12 Abs. 3 StGB auszugehen, wenn die handelnde Person «die Vorsicht nicht beachtet, zu der [sie] nach den Umständen und nach [ihren] persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist».[1507] Die Feststellung, ob die beschuldigte Person die gebotene Vorsicht beachtet hat, ermöglicht für sich genommen aber noch keine Beurteilung der Erkennbarkeit. Wegweisend für die Bestimmung der Erkennbarkeit ist daher die Einsicht von *Jakobs,* wonach die Erkennbarkeit eine Hypothese voraussetzt, unter der erkannt würde.[1508] Als erkennbar sind nicht erkannte Tatumstände folglich nur dann anzusehen, wenn sie bei Beachtung dieser pflichtgemässen Vorsicht erkannt worden wären.[1509] Der Begriff der Vorsicht ist dementsprechend grundsätzlich im Sinne einer «inneren Sorgfalt» zu verstehen, die nicht auf den sorgfältigen Vollzug des äusseren Verhaltens, sondern auf die Verschaffung der notwendigen Kenntnisse gerichtet ist.[1510]

1505 Insoweit ähnlich *Struensee,* JZ 1987, 61 f.; vgl. *D. Sauer,* Fahrlässigkeitsdogmatik, 237.

1506 Art. 12 Abs. 3 StGB; vgl. auch *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 114 ff., 116 in Bezug auf § 6 Abs. 1 öStGB.

1507 Ähnlich § 6 Abs. 1 öStGB.

1508 *Jakobs,* Studien, 85: «die Erkennbarkeit setzt stets eine objektive Hypothese voraus, unter der erkannt würde». Dass *Jakobs* davon ausgeht, dass die Erkennbarkeit *stets* eine solche Hypothese voraussetze, liegt daran, dass er die bewusste Fahrlässigkeit nicht anerkennt. Dazu *Jakobs,* AT², 9/3. Eingehend zur Bildung dieser «kontrafaktischen» Hypothese *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 124 ff.; *ders.,* SB Strafrecht und Gesellschaft, 442 ff.

1509 Dass der Begriff der Vorsicht in einem auf das Erkennen gerichteten Sinn zu verstehen ist, wird daran deutlich, dass *Stooss,* Motive, 27 f. zur Umschreibung der Fahrlässigkeit zunächst den Begriff der Aufmerksamkeit verwendet hat. Später wurde der Begriff der Aufmerksamkeit zwar durch jenen der Vorsicht ersetzt (siehe Vorentwurf StGB 1896, 14). Soweit ersichtlich wurde der Begriff der Aufmerksamkeit in den Beratungen der ersten Expertenkommission aber nicht beanstandet (siehe dazu Beratungen Expertenkommission 1896, 64 f. und *Stooss,* Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, 36.

1510 *Engisch,* Untersuchungen, 269 ff., 308 ff.; vgl. auch *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117 f.

Die «pflichtgemässe Vorsicht» bezieht sich also auf Erkenntnis- und Kenntnisverschaffungspflichten. Insofern kommt auch der hier vertretene Fahrlässigkeitsbegriff, der die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit deutet, zumindest bei der unbewussten Fahrlässigkeit nicht ohne ein normatives Moment aus.[1511] 363

Davon abweichend will *Jakobs* die Erkennbarkeit ohne die Berücksichtigung von Kenntnisverschaffungspflichten bestimmen. Seiner Auffassung nach gibt es «keine Pflicht, sich Kenntnis zu verschaffen, sondern nur eine Pflicht, erkennbar tatbestandsmäßige Handlungen [...] zu vermeiden».[1512] Stattdessen glaubt er, die Erkennbarkeit anhand eines dominanten Motivs zur Erfolgsvermeidung bestimmen zu können.[1513] Massgebend für die Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung soll demnach sein, dass die beschuldigte Person nach den ihr bekannten Umständen bei Befolgung des Motivs zur Erfolgsvermeidung die Tatbestandsverwirklichung erkannt hätte, wobei sich aus dem aktuellen Wissensstand mit dem Motiv zur Erfolgsvermeidung auch «die Notwendigkeit ergibt, weiteres Wissen zu aktualisieren oder – in unmittelbarer Erfüllung des Verbots – die geplante Handlung zu unterlassen».[1514] Burkhardt hat indes zutreffend darauf hingewiesen, dass *Jakobs* nur scheinbar auf die dem dominanten Motiv zur Erfolgsvermeidung fehlende normative Begrenzung verzichtet, indem er eine solche gewissermassen durch die Hintertür mittels des erlaubten Risikos wieder einführt.[1515] *Jakobs* Einwände gegen die Annahme von Kenntnisverschaffungspflichten lösten sich daher weitgehend in Luft auf.[1516] 364

Die Erkennbarkeit setzt nach dem Gesagten bei fehlendem tatsächlichem Erkennen zwingend die Verletzung einer Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflicht voraus, bei deren Befolgung der fragliche Tatumstand von der handelnden Person erkannt worden wäre.[1517] Fraglich ist dabei zunächst, ob es eine allgemeine Norm gibt, aus der auch eine allgemeine Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflicht folgt, oder ob sich Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten nur aus speziellen Sorgfaltsnormen ableiten lassen. Klar ist zunächst, dass es keine Kenntnisverschaffungspflicht geben kann, welche die Normadressat:innen stets zu vollster Aufmerksamkeit verpflichtet, ohne bestimmten Anlass jegliche möglichen Folgen eines 365

1511 *Burkhard,* SB Strafrechtssystem, 119 f.;

1512 *Jakobs,* AT², 9/2 und 6/27; *ders.,* Studien, 59 ff. und 83 ff.

1513 *Jakobs,* AT², 9/2; eingehend *ders.,* Studien, 83.

1514 *Jakobs,* Studien, 85.

1515 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 119 f. mit Fn. 92 mit Hinweis auf *Jakobs,* AT², 9/26.

1516 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 120 Fn. 92.

1517 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 118 ff.

Verhaltens vorab abzuklären.[1518] Gleichzeitig kann eine Rechtsordnung, die unbewusste Fahrlässigkeitsdelikte kennt, auch nicht gänzlich ohne eine allgemeine Kenntnisverschaffungspflicht auskommen, zumal es schlechthin unmöglich wäre, für sämtliche Situationen vorab spezifische Sorgfaltsnormen zu statuieren.[1519] Aus diesem Grund muss den Verhaltensnormen, die den Fahrlässigkeitsdelikten zugrunde liegen, eine Norm vorausgehen, die den Normadressat:innen gebietet, im Hinblick auf die Vermeidung eines normwidrigen Verhaltens, die nach den ihnen bekannten Umständen erforderliche und nach ihren individuellen Fähigkeiten mögliche Aufmerksamkeit aufzubringen. Dies entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des Art. 12 Abs. 3 StGB. Zu beachten ist aber, dass die Verpflichtung zur Vorsicht nicht nach den objektiven Umständen bestimmt werden kann, sondern nur nach denjenigen, die der handelnden Person bekannt sind.[1520] Weil diese allgemeine Vorsichtspflicht darauf ausgerichtet ist, der handelnden Person die notwendigen Kenntnisse der Umstände zu verschaffen, darf sie nicht bereits an objektiv gegebene Umstände anknüpfen, die der handelnden Person nicht bekannt sind, da dies ansonsten in einem Zirkel oder infiniten Regress enden würde.[1521]

366 Die grundlegendste und allgemeinste Form der Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflicht besteht im Aufbringen von Aufmerksamkeit, dem Anstrengen der Sinnesorgane oder im Nachdenken. Zu bejahen ist eine solche daher immer dann, wenn das Vorliegen eines Tatumstandes dermassen evident war, dass es mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit ohne Weiteres erkannt worden wäre.[1522] Das gebotene Mindestmass an Aufmerksamkeit richtet sich dabei nach den individuellen Fähigkeiten der handelnden Person und den von ihr erkannten Umständen.[1523] Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten beziehen sich aber nicht notwendigerweise nur auf innere Vorgänge (wie das Nachdenken, das Anstrengen des Gedächtnis-

1518 Vgl. *Frister,* AT[8], 12/12.

1519 Siehe aber *Seher,* Zurechnung, 590 Fn. 97: «Eine allgemeine Norm, derzufolge jederzeit die erforderliche Sorgfalt einzuhalten sei, wäre gegenüber den speziellen Sorgfaltsnormen redundant und darüber hinaus wegen ihrer Unbestimmtheit weder praktisch handhabbar noch auch nur verfassungsrechtlich unbedenklich.»

1520 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 118; *Frister,* AT[8], 12/16; *Jakobs,* Studien, 85; ähnlich auch *Struensee,* JZ 1987, 62.

1521 So *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 118; zu diesem Problem bereits *Engisch,* Untersuchungen, 369 ff.

1522 *Engisch,* Untersuchungen, 369 bezeichnet diese grundlegendste Form der Erkennbarkeit bei der unbewussten Fahrlässigkeit als «Erkennbarkeit kraft innerer Evidenz».

1523 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117 f.; ähnlich *Jakobs,* Studien, 85 und *Jean-Richard,* FS Donatsch, 100.

ses oder der Sinnesorgane), sondern können auch zu äusserem Verhalten verpflichten, das auf ein bestimmtes Erkennen ausgerichtet ist.[1524] Die Pflicht zur weiteren Aktualisierung des eigenen Kenntnisstandes ergibt sich dann, wenn die handelnde Person aufgrund der ihr bekannten Umstände erkennt, dass mit dem Vorliegen eines Tatumstandes zu rechnen ist und ein geplantes Verhalten deswegen ohne die Verschaffung weiterer Kenntnisse nicht sicher durchgeführt werden kann.

367 Limitierungen oder Erweiterungen von Kenntnisverschaffungspflichten können sich sodann aus gesetzlichen Sorgfaltsnormen ergeben.[1525] Zu denken ist hierbei etwa an gesetzliche Abklärungs-, Überprüfungs- und Kontrollpflichten. Auch viele strassenverkehrsrechtliche Vorschriften enthalten Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten. Auch strassenverkehrsrechtliche Geschwindigkeitsvorschriften lassen sich insofern als auf das Erkennen ausgerichtete Vorschriften deuten, als das Einhalten der zulässigen Höchstgeschwindigkeit dazu beiträgt, dass Gefahrensituationen noch rechtzeitig erkannt und vermieden werden können.[1526]

368 Freilich lassen sich aber nicht alle gesetzlichen Sorgfaltsvorschriften als Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten deuten. Die im Ziegenhaarfall einschlägige und entscheidende Vorschrift, wonach für die Weiterverarbeitung bestimmte Tierhaare auf bestimmte Weise desinfiziert werden müssen,[1527] kann beim besten Willen nicht als eine auf das Erkennen gerichtete Pflicht verstanden werden. Mit Blick auf die Verarbeitung von Tierhaaren lässt sich dabei feststellen, dass es im Grunde durchaus möglich gewesen wäre, die im Ziegenhaarfall gegebene Vorschrift durch eine andere zu ersetzen, die bestimmt, dass die Tierhaare vor der Verarbeitung auf Krankheitserreger getestet werden müssen. Mit einer solchen Vorschrift müssten nicht alle Tier-

1524 *Engisch,* Untersuchungen, 310.

1525 Zu beachten ist dabei, dass gesetzliche Kenntnisverschaffungspflichten in gewisser Hinsicht zu einer Standardisierung und insoweit auch zu einer Objektivierung der pflichtgemässen Vorsicht führen. Doch auch bei Verhaltensweisen, die in den Regelungsbereich gesetzlicher Kenntnisverschaffungspflichten fallen, kann die pflichtgemässe Vorsicht nicht unabhängig von den individuellen Fähigkeiten der handelnden Person bestimmt werden: Eine gesetzliche Kenntnisverschaffungspflicht verletzt nur, wer die Umstände erkennt, aufgrund deren die gesetzliche Kenntnisverschaffungspflicht zu einer bestimmten Aktualisierung der eigenen Kenntnisse verpflichtet. Ähnlich auch *Struensee,* JZ 1987, 62 f.

1526 Art. 32 Abs. 1 SVG: «Die Geschwindigkeit ist stets den Umständen anzupassen, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen, vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen sowie vor Bahnübergängen.»

1527 RGSt 63, 211 f.

haare desinfiziert werden, sondern sie müssten getestet werden und dürften nur zur Verarbeitung weitergegeben werden, sofern der Test negativ ausfällt. Wären Krankheitserreger vorhanden, dürften die Tierhaare nicht weitergegeben werden, da die Gefahr, dass sich die angestellten Personen mit den Krankheitserregern infizieren, erkannt worden wäre. Sollen die positiv getesteten Tierhaare doch verarbeitet werden, so müssten sie erst desinfiziert und anschliessend erneut getestet werden. Ein solches Verfahren wäre zwar sicher, aber auch sehr aufwendig. Liesse sich (fast) derselbe Schutz der Angestellten nun wesentlich effizienter auch durch eine Vorschrift gewährleisten, die anstelle von Tests die Anwendung bestimmter Desinfektionsmethoden vorschreibt, so mag es – jedenfalls unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten – naheliegend erscheinen, die auf eine Erkenntnis gerichtete Vorschrift durch die Vorschrift zu substituieren, die zu einem risikolimitierenden Verhalten verpflichtet. In genau diesem Vorgang widerspiegelt sich der Grundgedanke des erlaubten Risikos.[1528]

369 Fraglich ist nun aber, was es für die hier entworfene Fahrlässigkeitskonzeption bedeutet, wenn gesetzliche Kenntnisverschaffungspflichten durch Vorschriften ersetzt werden, in denen ein äusseres Verhalten verlangt wird, das auf die Limitierung von Risiken ausgelegt ist.[1529] Wird das charakteristische Moment der Fahrlässigkeit in der Erkennbarkeit gesehen, so vermag die Einhaltung oder Nichteinhaltung solcher Vorschriften im Grunde nichts zur Bestimmung der Fahrlässigkeit beitragen, weil diese gar nicht erst auf das Verschaffen von Kenntnissen ausgerichtet sind. Konsequenterweise müssten solche Vorschriften für die Bestimmung der Fahrlässigkeit daher unerheblich sein. Damit wäre die konsequente und insoweit dogmatisch richtige Lösung bereits gefunden.

370 Nun gibt es aber – zumindest mit Blick auf die Rechtspraxis und den Lebensalltag – gute Gründe, bisweilen von dieser konsequenten und dogmatisch richtigen Lösung abzuweichen. Angenommen es hätte wirklich eine Regelung bestanden, die vorgeschrieben hätte, dass für die Weiterverarbeitung bestimmte Ziegenhaare vor der Weitergabe an Arbeitnehmer:innen getestet werden müssen, so hätte die damit verbundene Standardisierung der pflichtgemässen Vorsicht zweifellos dem Schutz der Arbeitnehmer:innen gedient: Die Inhaber:in des verarbeitenden Unternehmens, die weiss, dass sie Tierhaare verarbeiten lässt, wäre demnach verpflichtet gewesen die

1528 Dies gilt unabhängig davon, ob zuvor eine auf das Erkennen gerichtete Sorgfaltsvorschrift tatsächlich bestanden hat oder nicht.

1529 Zu risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften etwa *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 121 f.; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I^{9}, 343.

Tierhaare auf Krankheitserreger zu testen – und zwar unabhängig davon, ob sie selbst wusste, dass Tierhaare Krankheitserreger enthalten können, die auch für den Menschen ansteckend sind. Wird diese Regelung nun durch eine andere Regelung ersetzt, die keine Kenntnisverschaffung, sondern Massnahmen zur Risikolimitierung vorschreibt, so bleibt die primäre Zwecksetzung der Vorschrift doch dieselbe: Sie soll vermeiden, dass Arbeitnehmer:innen mit Krankheitserregern angesteckt werden. Deswegen kann auch davon ausgegangen werden, dass die für die Bestimmung der Fahrlässigkeit relevante Pflicht der Unternehmer:in, Gefahren in Zusammenhang mit den zu verarbeitenden Tierhaaren zu erkennen und deren Schaffung zu vermeiden, nicht ersatzlos aufgehoben werden soll. Aus diesem Grund mag es aus rechtspraktischen und kriminalpolitischen Erwägungen angemessen erscheinen, auch risikolimitierende Sorgfaltsvorschriften bei der Bestimmung der unbewussten Fahrlässigkeit zu berücksichtigen – sofern sie als Surrogat einer Erkenntnispflicht oder Kenntnisverschaffungspflicht gedacht werden können.[1530]

371 Wer die objektiv vorliegende Gefahr nicht erkennt und sie auch mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit nicht erkannt hätte, handelt demnach nicht fahrlässig, wenn sie oder er die einschlägigen risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften beachtet hat. Weil diese risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften nicht auf das Erkennen gerichtet sind, wird man in diesem Fall zwar nicht sagen können, dass die Gefahr auch bei der Einhaltung der pflichtgemässen Vorsicht nicht erkennbar war. Die tatsächliche Erkennbarkeit wird vielmehr durch einen stärker normativierten Begriff der Erkennbarkeit ersetzt: Die Einhaltung risikolimitierender Sorgfaltsvorschriften führt dazu, dass nicht mit dem Vorliegen einer Gefahr *gerechnet* werden muss. Und umgekehrt wird davon auszugehen sein, dass bei der Verletzung von risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften gerade damit gerechnet werden muss, dass eine rechtlich relevante und daher missbilligte Gefahr geschaffen wird.[1531] Dennoch kann die Verletzung von risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften nicht unbesehen zur Annahme unbewusster Fahrlässigkeit führen. Hätte nämlich auch das von der risikolimitierenden Sorgfaltsvorschrift vorgesehene Verhalten den Erfolgseintritt nicht verhindern können, so wird man der beschuldigten Person nicht vorwerfen können, dass sie die nicht erkannte Gefahr bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können.[1532] Wird zur Bestimmung der unbewussten Fahrlässigkeit auf eine risikolimitierende Sorgfaltsvorschrift abgestellt, die als Surrogat für eine Erkenntnispflicht oder

1530 Dies trifft aber keineswegs auf sämtliche risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften zu.

1531 Vgl. BGHSt 4, 182, 185

1532 Zur Vermeidbarkeit als Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit *Stratenwerth,* AT I^4, § 16 N. 10.

Kenntnisverschaffungspflicht gedacht werden kann, so wird das für die Fahrlässigkeit kennzeichnende Moment der Erkennbarkeit letztlich durch jenes der Vermeidbarkeit ersetzt.[1533]

372 Dies ist jedoch nicht ohne Weiteres unproblematisch, zumal Situationen denkbar sind, in denen eine bestimmte Gefahr bei Befolgung einer Erkenntnispflicht oder Kenntnisverschaffungspflicht nicht erkannt worden wäre, die Entstehung dieser Gefahr durch die Einhaltung einer risikolimitierenden Sorgfaltsvorschrift aber gewissermassen zufällig vermieden worden wäre.[1534] Um zu vermeiden, dass die Fahrlässigkeit durch die an sich systemwidrige Berücksichtigung von risikolimitierenden Sorgfaltsvorschriften ungebührlich ausgedehnt wird, bedarf es deshalb gewisser Beschränkungen, die allenfalls über Schutzzwecküberlegungen erreicht werden könnten.[1535]

3. Fazit

373 Der Fahrlässigkeitsbegriff der herrschenden Meinung erweist sich als unzulänglich.[1536] Anstatt auch beim Fahrlässigkeitsdelikt sauber zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden, erblickt die herrschende Meinung den Kern des Handlungsunwerts in einer Sorgfaltspflichtverletzung.[1537] Damit deutet sie das Fahrlässigkeitsdelikt zu einer erfolgsqualifizierten Sorgfaltspflichtverletzung um. Mit der Folge, dass beispielsweise aus einer fahrlässigen Tötung eine Sorgfaltspflichtverletzung mit Todesfolge wird. Dieses Verständnis der Fahrlässigkeit führt dazu, dass der Fahrlässigkeitsbegriff mit den Anforderungen an die Schaffung eines missbilligten Risikos verschmilzt und dadurch seinen eigenständigen Gehalt verliert.

374 Davon abweichend ist die Fahrlässigkeit nach hier vertretener Auffassung als funktionales Gegenstück zum Vorsatz zu betrachten. Daher ist die Fahrlässigkeit richtigerweise als Erkennbarkeit zu deuten, die sich wie der Vorsatz auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale zu beziehen hat.[1538] Bei der Bestimmung der Erkennbarkeit ist zunächst die bewusste Fahrlässig-

1533 Vgl. aber *Jakobs,* AT2[2], 9/4 f., wonach Vorsatz und Fahrlässigkeit Formen der Erkennbarkeit sind.

1534 Vgl. dazu *Rudolphi,* JuS 1969, 553.

1535 Dazu unten N. 414 f.

1536 Dazu oben N. 351 ff.

1537 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 85, 340; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 88 (siehe aber N. 84a); *Seelmann/Geth*[6], N. 465 (*Geth*[7], N. 465); Stratenwerth, AT I[4], vor § 16 N. 3; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 262; vgl. ferner *Jean-Richard,* FS Donatsch, 97; *Hurtado Pozo,* N. 1367 f.; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 44 ff., 58 i.V.m. § 13 N. 40, 50 f., die immerhin eine subjektive Tatseite beim Fahrlässigkeitsdelikt anerkennen.

1538 *Frister,* AT[8], 12/23; *Jakobs,* AT[2], 9/7 Fn. 10.

keit zu prüfen, die gegeben ist, wenn die handelnde Person die (mögliche) Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals tatsächlich erkannt oder vorausgesehen hat. In diesem Fall ist die Fahrlässigkeit hinsichtlich dieses Merkmals ohne Weiteres zu bejahen; die Verletzung einer «Sorgfaltspflicht» ist nicht erforderlich.[1539] Hat die handelnde Person einen Tatumstand aber nicht erkannt, so kann eine unbewusste Fahrlässigkeit nur vorliegen, wenn der Tatumstand bei pflichtgemässer Vorsicht erkannt worden wäre.[1540] Die pflichtgemässe Vorsicht ist dabei prinzipiell in einem auf das Erkennen gerichteten Sinn zu verstehen, nicht als eine auf den äusseren Handlungsvollzug gerichtete Sorgfalt. Dies schliesst freilich nicht aus, dass bisweilen zur Wahrung der pflichtgemässen Vorsicht ein äusseres Tätigwerden erforderlich wird.[1541] Die pflichtgemässe Vorsicht kann durch gesetzliche Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten konkretisiert werden.

375 Ausgehend vom hier vertretenen Verständnis können hingegen Sorgfaltspflichten, die nicht auf das Erkennen, sondern einen risikolimitierenden Handlungsvollzug gerichtet sind, grundsätzlich nichts zur Bestimmung der Fahrlässigkeit beitragen.[1542] Aus praktischen Erwägungen ist die an sich systemwidrige Berücksichtigung solcher risikolimitierender Sorgfaltsvorschriften aber ausnahmsweise gleichwohl zuzulassen, sofern sich diese als *Surrogat* einer auf das Erkennen gerichteten Sorgfaltsvorschrift deuten lassen.[1543] Dies ist damit zu begründen, dass gesetzliche Regelungen, die den Bedürfnissen des alltäglichen Lebens am besten entsprechen, unter Umständen nicht mit denjenigen Regelungen übereinstimmen, die aus strafrechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig erscheinen, und von der Gesellschaft nicht verlangt werden kann, dass sie sich den Bedürfnissen der Strafrechtsdogmatik unterordnet. Deswegen sind solche systemwidrigen Ausnahmen zu tolerieren und entsprechend auszuweisen. Wenig zielführend wäre es aber, den Versuch zu unternehmen, die Fahrlässigkeitsdogmatik an diesen Ausnahmen auszurichten. Und genau in dieser Einsicht dürfe der Vorzug der hier vertretenen Auffassung im Vergleich zur herrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik zu sehen sein.

1539 Siehe oben N. 360 f.

1540 *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 124 ff. im Anschluss an Jakobs, Studien, 85, dazu auch oben N. 362 ff.

1541 *Engisch,* Untersuchungen, 310; dazu auch oben N. 366.

1542 Siehe oben N. 368 f.

1543 Siehe oben N. 370 ff.

D. Zwischenfazit zur Schaffung eines missbilligten Risikos

376 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Schaffung einer missbilligten Gefahr eine eigenständige dogmatische Funktion erfüllt, weil das von der Verhaltensnorm verbotene Verhalten bereits im Zeitpunkt der Tatausführung objektiv bestimmbar sein muss. Verboten kann also nicht erst die Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges sein, da dieser im relevanten Zeitpunkt noch aussteht.[1544] Das verbotene Verhalten muss bei Erfolgsdelikten daher in der Schaffung einer rechtlich relevanten und daher missbilligten Gefahr für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut gesehen werden.[1545]

377 Weil das Kriterium der Schaffung einer missbilligten Gefahr die Frage betrifft, ob die beschuldigte Person gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat, dient es bereits der Bestimmung des Handlungsunwerts.[1546] Aus diesem Grund liegt es nahe, das Kriterium der Schaffung einer missbilligten Gefahr mit *Frisch* bereits als Merkmal des tatbestandsmässigen Verhaltens[1547] oder aber mit *Seher* als Voraussetzung für die Handlungszurechnung anzusehen.[1548]

378 Zu beachten ist, dass ein Teil der Literatur, neben den bereits untersuchten, noch weitere Zurechnungsgesichtspunkte auf der Stufe der Schaffung einer missbilligten Gefahr behandelt,[1549] die hier erst an späterer Stelle untersucht werden.[1550] Aus diesem Grund können sich die Bemerkungen hier nur auf den vorläufigen Befund beziehen. Eine abschliessende Aussage über die Kriterien der Schaffung einer missbilligten Gefahr lässt sich aber noch nicht treffen.

1544 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 22 ff.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 76 ff.; *Hruschka,* Strafrecht[2], 403 f.

1545 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 70 ff.; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 201 ff.; zu den massgeblichen Kriterien siehe oben N. 342 ff.

1546 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 24 f.; *Seher,* Zurechnung, 705.

1547 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 33 ff.; *ders.,* FS Roxin, 231 ff.; *ders.* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210; *ders.,* GA 2018, 561 ff.; zustimmend MK[3]-*Freund,* vor §13 N. 352 ff. (ebenso MK[4]-*Freund,* vor §13 N. 352 ff.); *ders.,* AT[2], §2 N. 11 ff. und 72 ff.; *Freund/Rostalski,* AT[3], §2 N. 11 und N. 82 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 295 f.; *Hoyer,* ZStW 121 (2009), 874 f.; *ders.,* FS Frisch, 227 ff.; *Lukas,* Tatbestandsmässiges Verhalten versus objektive Zurechnung, 243. In diese Richtung auch Murmann, GK[5], §23 N. 34.

1548 *Seher,* Zurechnung, 722 ff.

1549 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff.; ferner *Bock,* AT, 140 ff.; *Frister,* AT[8], 10/10; *Murmann,* GK[5], §23 N. 70 ff; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und N. 269 ff.

1550 Dazu unten N. 444 ff.

II. Die Verwirklichung der missbilligten Gefahr

A. Grundlegendes zur Gefahrenverwirklichung

1. Begründung

379 Für die Lehre der objektiven Zurechnung bildet die Schaffung einer missbilligten Gefahr den Ausgangspunkt jeder Erfolgszurechnung, denn eine Erfolgszurechnung soll überhaupt nur dann in Betracht kommen, wenn eine missbilligte Gefahr hinsichtlich eines möglichen Erfolgseintritts geschaffen wurde.[1551] Ausgehend davon erscheint die Notwendigkeit der Gefahrverwirklichung als zweite Stufe der objektiven Zurechnung im Grunde als Selbstverständlichkeit. Denn nur wenn sich gerade das missbilligte Risiko im Erfolg realisiert, spiegelt sich im eingetretenen Erfolg der Grund für die Missbilligung des Verhaltens der Täterschaft wieder.[1552]

2. Die Beurteilung der Risikoverwirklichung

380 Mit Blick auf die Beurteilung der zweiten Stufe der objektiven Zurechnung besteht zumindest vordergründig weitgehend Einigkeit, dass hier von der *ex post*-Perspektive auszugehen ist.[1553] *Struensee* hat aber zutreffend darauf hingewiesen, dass auch bei der Beurteilung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs das Sonderwissen der beschuldigten Person von Bedeutung sei.[1554] Wenn ein Fahrzeuglenker einen betrunkenen Fahrradfahrer ohne Einhaltung des vorgeschriebenen Mindestabstandes überholt, so könne für den Fall, dass der Fahrzeuglenker die Trunkenheit des Radfahrers erkennt, nicht erheblich sein, ob der Erfolg auch bei Einhaltung des vorgeschriebenen Mindestabstandes eingetreten wäre. Sofern die Trunkenheit nämlich erkannt wurde, hätte er beim Überholen einen grösseren als den vorgeschriebenen Mindestabstand einhalten müssen.[1555]

381 Der Grund, weshalb die herrschende Meinung offenbar nicht umhinkommt, auch bei der Beurteilung der zweiten Stufe der objektiven Zurechnung auf das Sonderwissen der beschuldigten Person zurückzugreifen, dürfte daran liegen, dass die Verwirklichung des missbilligten Risikos letztlich kaum völlig losgelöst von den Massstäben zur Bestimmung des missbilligten Risikos

---

1551 Zur Grundformel der objektiven Zurechnung bereits oben N. 18 ff.

1552 *Murmann*, GK5, § 23 N. 30.

1553 S/S30-*Eisele*, vor § 13 N. 92a; *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten, 519 ff.; *Jakobs*, AT2, 7/78; *Roxin/Greco*, AT I5, § 11 N. 69; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT6, § 8 N. 36; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, 69 ff.; *ders.*, Internationale Dogmatik, 10.

1554 Vgl. *Struensee*, GA 1987, 97; *Haas*, SB Zurechnung, 209

1555 *Struensee*, GA 1987, 97; ferner *Arzt*, GS Schlüchter, 165.

beurteilt werden kann.[1556] Eine tatsächlich objektive Beurteilung der Risikoverwirklichung ist daher nur dann möglich, wenn bereits die Schaffung des missbilligten Risikos, dessen Verwirklichung im konkreten Erfolgseintritt festgestellt werden soll, auch anhand eines tatsächlich objektiven Massstabs geprüft wird. Ausgehend von einer objektiven Beurteilung der Risikoschaffung ist ein Wechsel der Beurteilungsperspektive daher abzulehnen. Unterschiede zwischen der Stufe der Risikoschaffung und jener der Risikoverwirklichung ergeben sich lediglich mit Blick auf den zur Bestimmung der Urteilsbasis massgeblichen Zeitpunkt: Während für die Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos der Zeitpunkt der Tatausführung massgeblich sein muss, muss für die Beurteilung der Risikoverwirklichung der Zeitpunkt des Erfolgseintrittes die Basis des Urteils bilden.[1557] Letzteres versteht sich im Grunde von selbst, da die Frage, ob sich ein missbilligtes Risiko im konkreten Erfolg niedergeschlagen hat, nur mit Blick auf den konkreten Erfolg sinnvoll beurteilt werden kann.

B. Die einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte

382 Hat die beschuldigte Person durch ihr Verhalten ein missbilligtes Risiko geschaffen, ist für die objektive Zurechnung des Erfolges ferner erforderlich, dass sich ebendieses Risiko im Erfolg verwirklicht. Im Rahmen dieser zweiten Wertungsstufe werden verschiedene Kriterien diskutiert, wobei es in der Literatur auch hier bisweilen erhebliche Unterschiede in der Darstellung gibt.[1558] Mit dem ersten Kriterium auf der Stufe der Verwirklichung des missbilligten Risikos wird der sog. Risikozusammenhang geprüft (1.). Bei diesem Kriterium steht die Frage im Vordergrund, ob sich gerade das von der beschuldigten Person geschaffene (missbilligte) Risiko im Erfolgseintritt niedergeschlagen hat. In diesem Zusammenhang wird häufig auch von der Verwirklichung oder Realisierung des Risikos oder der Gefahr gesprochen.[1559] Obwohl für die Bezeichnung dieses ersten Kriteriums oftmals Begrifflichkeiten verwendet werden, die zugleich als Oberbegriff für die zweite Stufe der objektiven Zurechnung dienen, wird die Stufe der Verwirklichung des missbilligten Risikos – nach gängiger Auffassung – nicht alleine durch das Erfordernis des Risikozusammenhanges ausgefüllt.

1556 Dazu unten N. 389 ff. und N. 394.

1557 In diese Richtung *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69.

1558 Vgl. etwa die unterschiedlichen Darstellungen bei *Frisch,* JuS 2011, 205 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 100 ff.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 50, N. 60 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262, N. 299 ff.

1559 Vgl. etwa *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 49 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 49).

Bei gegebenem Risikozusammenhang bleibt nach verbreiteter Auffassung der sog. Schutzzweckzusammenhang zu prüfen, der dann auszuschliessen ist, wenn der eingetretene Erfolg nicht vom Schutzzweck der Norm gedeckt ist (2.). Ferner wird der sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang geprüft, der oftmals auch unter dem Stichwort der «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» diskutiert wird (3.).[1560] 383

Wie bereits erwähnt, wird diese zweite Stufe der objektiven Zurechnung in der Literatur sehr unterschiedlich dargestellt. So wird etwa bei *Roxin* auch zwischen dem «Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Gefahrverwirklichung» und dem «Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Verwirklichung des unerlaubten Risikos» unterschieden.[1561] Andernorts geht der Risikozusammenhang hingegen vollständig im Schutzzweckzusammenhang auf.[1562] Teilweise ist anstelle des Risikozusammenhanges auch von «atypischen Kausalverläufen» die Rede,[1563] wobei damit klarerweise kein Zurechnungskriterium bezeichnet wird, sondern vielmehr eine spezifische Fallgruppe. Gelegentlich werden sodann die im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen diskutierten Zurechnungsgesichtspunkte der Stufe der Risikoverwirklichung zugeordnet.[1564] 384

Zu beachten ist sodann, dass auch bei der Risikoverwirklichung nicht abschliessend geklärt ist, ob und inwieweit die verschiedenen Zurechnungsgesichtspunkte gleichermassen bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten zur Anwendung kommen sollen.[1565] 385

1560 Seltener wird der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch als Rechtswidrigkeitszusammenhang bezeichnet, so etwa bei *Bock,* AT, 150 und *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 571. Diese Bezeichnung dürfte auf *Engisch,* Kausalität, 61 zurückgehen.

1561 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 53 ff., N. 69 ff. und N. 73 ff. (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 53 ff., N. 69 ff. und N. 73 ff.) Unter dem Titel der fehlenden Verwirklichung des unerlaubten Risikos werden bei *Roxin* (a.a.O.) überwiegend Fälle angesprochen, die andernorts unter den Gesichtspunkten des Schutzzweckzusammenhanges, des Risikozusammenhanges oder unter anderen Gesichtspunkten behandelt werden.

1562 Siehe *Murmann,* GK[5], §23 N. 116 ff., insb. N. 118; vgl. auch *Gropp,* AT[4], §4 N. 91 ff., der unter dem Titel «Fehlender Risikozusammenhang (fehlender Schutzzweck der Norm)» schreibt, dass das Fehlen des Risikozusammenhanges dann gegeben sei, wenn die von der beschuldigten Person verursachte Veränderung in der Aussenwelt ausserhalb des Schutzbereichs der verletzten Verhaltensnorm liege.

1563 So etwa *Kaspar,* AT[2], §5 N. 92; *K. Schumann,* Jura 2008, 413; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 299; vgl. auch *Krey/Esser,* AT[6], N. 346, die etwa die «[a]typische Konstitution des Opfers» als eigene Fallgruppe aufführen.

1564 *Eisele/Heinrich,* AT, N. 164 ff.; Kaspar, AT[2], §5 N. 94 ff.; Rengier, AT[11], §13 N. 77 ff.; *K. Schumann,* Jura 2008, 413.

1565 Dazu bereits vorne, 12 f.

1. Risikozusammenhang (Verwirklichung des Risikos)

386 Unter dem Gesichtspunkt des Risikozusammenhanges ist zu prüfen, ob sich die unerlaubte Risikoschaffung im konkreten Erfolg niedergeschlagen hat. Auszuschliessen ist die Zurechnung demnach, wenn die beschuldigte Person zwar ein unerlaubtes Risiko geschaffen hat, sich aber nicht dieses Risiko, sondern ein völlig anderes, zufällig hinzutretendes Risiko im Erfolg realisiert.[1566] Zu denken ist hierbei etwa an Fälle, bei denen die Vollendung eines Vorsatzdeliktes zunächst ausbleibt, der Erfolg aber aufgrund eines inadäquaten oder atypischen Kausalverlaufes auf andere Weise eintritt.[1567] Als Beispiel hierfür wird in der Literatur – in verschiedenen Variationen – der Fall genannt, in welchem die beschuldigte Person mit Tötungsvorsatz auf ihr Opfer schiesst und dieses verletzt, weshalb es zur Rettung in ein Spital gefahren wird, wo es in der Folge bei einem Brand verstirbt.[1568] Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Risikozusammenhanges werden Fälle diskutiert, bei denen der Eintritt des Erfolges durch eine abnorme Konstitution des Opfers bedingt ist: Führt beispielsweise ein Faustschlag auf die Nase des Opfers nur deshalb zum Tod, weil dieses an der Bluterkrankheit leidet, so wird in Teilen der Literatur die Zurechnung des Erfolges ausgeschlossen.[1569] Darüber hinaus werden zu dieser Fallgruppe teilweise auch Fälle gezählt, bei denen der durch das unerlaubte Risiko herbeigeführte Erfolgseintritt durch das nachträgliche Fehlverhalten eines Dritten (oder des Opfers selbst) bedingt ist.[1570] Die objektive Zurechnung des Erfolges wird in solchen Fällen aber oftmals auch anhand von Verantwortlichkeitskriterien bestimmt, die hier an anderer Stelle untersucht werden.[1571] Das Dazwischentreten anderer wird deshalb an dieser Stelle nur unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwirklichung beleuchtet.

1566 *Jakobs,* AT[2], 7/78 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 61; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69; *Seher,* Jura 2001, 817.

1567 *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 92 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 299 ff.

1568 Vgl. etwa *Krey/Esser,* AT[6], 343; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 118; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 45 und 47.

1569 *Block,* Atypische Kausalverläufe, 100 f.; *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 569; Baumann/Weber/Mitsch/Ei-sele[12]-*Eisele,* § 10 N. 85; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 72; *ders.,* FS Geppert, 488 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 301; für eine Lösung über den Schutzzweck der Norm SK[9]-*Hoyer,* Anh. Zu § 16 N. 85; nach *Frisch,* JuS 2011, 118 ist bereits die Schaffung eines missbilligten Risikos zu verneinen. Die objektive Zurechnung bejahend *Krey/Esser,* AT[6], N. 346; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 289; *Seher,* Jura 2001, 814, 817. Referierend *Kühl,* § 4 N. 65

1570 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 101 ff.; *Jakobs,* AT[2], 7/80 ff.

1571 Dazu hinten 269 ff. und insb. 297 ff.

a. Das massgebliche Beurteilungskriterium

aa) Roxin

387 Nach *Roxin* ist der tatsächlich eingetretene Geschehensablauf an einem Gefahrenurteil zu messen, welches nach Abschluss der Tathandlung ansetzt, aber prinzipiell nach demselben Massstab zu bemessen ist wie die Schaffung eines unerlaubten Risikos. Zu fragen ist also, ob die beschuldigte Person mit ihrer Tathandlung die spezifische Gefahr des konkreten Erfolgseintrittes auf rechtlich relevante Weise erhöht hat.[1572] Damit knüpft *Roxin* an *Engisch* an,[1573] der im Rahmen der Adäquanz zunächst nur die adäquate Gefahrschaffung prüfte und sodann unter dem (aus heutiger Sicht missverständlichen) Titel des «Rechtswidrigkeitszusammenhanges» ein zweites Adäquanzurteil im Hinblick auf den tatsächlich eingetretenen Erfolg vornahm.[1574]

388 Im zuvor genannten Fall, in dem das zur Behandlung der von der beschuldigten Person herbeigeführten Schusswunde in das Spital verbrachte Opfer bei einem Brand verstirbt, muss folglich geprüft werden, ob die Schussabgabe das Risiko an einem Verbrennungstod zu sterben, auf rechtlich relevante Weise erhöht hat.[1575] Dass sich hier im Spitalbrandfall nicht die im missbilligten Verhalten der beschuldigten Person angelegte Todesgefahr, sondern eine völlig andere Gefahr im Erfolg realisiert, dürfte weitgehend anerkannt sein.[1576] Abgelehnt wird der Zurechnungsausschluss nach verbreiteter Auffassung aber dann, wenn der Erfolg durch eine naheliegende Folge des missbilligten Ausgangsrisikos verwirklicht wurde. Zuzurechnen wäre der Erfolg demnach, wenn der Erfolg in einer Variante des zuvor genannten Falles nicht durch einen Brand, sondern nach erfolgreicher Notoperation durch eine Wundinfektion[1577] oder aber durch das Versagen eines zur Rettung notwendigen medizinischen Geräts verwirklicht wird.[1578]

1572 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 69 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69); ähnlich auch Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 76 ff.

1573 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 69 mit Hinweis auf *Engisch,* Kausalität, 68 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 69 mit Fn. 250).

1574 *Engisch,* Kausalität, 61 ff.

1575 Vgl. *Roxin,* GS Armin Kaufmann, 241; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 69; vgl. auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 61 ff.

1576 S/S[30]- *Eisele,* vor § 13 N. 95 f.; *Jescheck/Weigend,* AT[5] 288; *Kretschmer,* Jura 2000, 267, 273; Kühl, AT[8], § 4 N. 61; SK[6]-Rudolphi, vor § 1 N. 63; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 299 ff.; ferner vgl. ferner *Puppe,* GA 2015, 203, 205; mit abweichender Argumentation bereits *dies.,* ZStW 99 (1987), 608 ff. und *dies.,* Jura 1997, 624. Im Ergebnis auch *Murmann,* GK[5], § 23 N. 118.

1577 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 63.

1578 Vgl. *Bloy,* Jus 1988, L 44; mit weiteren Beispielen *Kühl,* AT[8], § 4 N. 63

389 Umstritten ist indes, ob man mit diesem Massstab auch im zweiten der eingangs genannten Fälle zu einem Ausschluss der Zurechnung gelangt, in welchem ein Faustschlag auf die Nase des Opfers nur deshalb zum Tod führt, weil dieses an der Bluterkrankheit leidet.[1579] Hier lässt sich *ex post* nämlich kaum bestreiten, dass sich die von der beschuldigten Person geschaffene Ausgangsgefahr (Faustschlag auf die Nase) im Tod des Opfers realisiert hat.[1580] Die Realisierung des Risikos liesse sich zwar mit der Begründung verneinen, dass das im Anschluss an die Tathandlung zu fällende Gefahrenurteil im Hinblick auf den konkreten Erfolg negativ ausfallen müsse, weil die abnorme Konstitution des Opfers nicht erkennbar sei und deshalb auch die Handlungsfolge nicht vorhergesehen werden könne.[1581] Dann stellt sich jedoch die Frage, ob überhaupt eine Schaffung eines missbilligten Risikos vorliegt.[1582] Nur wenn die Schaffung eines missbilligten Risikos anderweitig bejaht wird, etwa weil ein kräftiger Faustschlag in das Gesicht unter Umständen eine lebensgefährliche Gehirnverletzung hervorrufen könnte, stellt sich überhaupt die Frage der Risikoverwirklichung. Die Begründung für den Zurechnungsausschluss wegen fehlender Risikoverwirklichung muss dann dahin gehen, dass der konkrete Erfolgseintritt mangels Erkennbarkeit der anormalen Konstitution des Opfers keine adäquate Folge der missbilligten Risikoschaffung war.[1583] Anders liegt es freilich, wenn die Konstitution des Opfers gerade durch das von der beschuldigten Person geschaffene Risiko beeinträchtigt wird und eine anschliessende Infektionskrankheit nur aufgrund der von der beschuldigten Person bedingten Konstitutionsschwächung einen tödlichen Verlauf nimmt.[1584] Führt die Ansteckung mit einem antibiotikaresistenten «Spitalkäfer» aber unabhängig von der durch die beschuldigte Person verur-

1579 *Block,* Atypische Kausalverläufe, 100 f.; *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 569; Baumann/Weber/Mitsch/Ei-sele[12]-*Eisele,* §10 N. 85; *Krey/Esser,* AT[6], N. 346; *Rengier,* AT[11], §13 N. 72; *ders.,* FS Geppert, 488 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 301. Mit Blick auf erfolgsqualifizierte Delikte *Duttge,* NStZ 2006, 273.

1580 *Seher,* Jura 2001, 814, 817; in diese Richtung wohl auch *Kühl,* AT[8], §4 N. 65; bejaht wird die Zurechnung auch bei *Jescheck/Weigend,* AT[5], 289, die dies damit begründen, dass der Schutzbereich der Norm auch atypische Gefährdungen umfasse.

1581 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 85; in diese Richtung schon Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* §14 N. 25, der mangels Voraussehbarkeit die Fahrlässigkeit entfallen lassen wollte.

1582 Eine Verneinung einer missbilligten Risikoschaffung dürfte aber nur dann in Betracht kommen, wenn dieses Kriterium mit der herrschenden Meinung ex ante beurteilt wird. Nach der hier favorisierten *ex post*-Beurteilung bliebe in diesem Fall kein Raum für die Verneinung einer missbilligten Risikoschaffung. Vgl. auch *Seher,* Jura 2001, 817.

1583 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 87.

1584 Vgl. OLG Köln, NJW 1956, 1848; ferner *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 71.

sachten Konstitutionsschwächung zum Tod des Opfers, ist der Risikozusammenhang zwischen der Ausgangsgefahr und dem konkreten Taterfolg wiederum zu verneinen.[1585]

bb) Frisch und Jakobs

390 Für die Feststellung, ob sich gerade die von der beschuldigten Person geschaffene Gefahr im Erfolg realisiert hat, muss bekannt sein, ob das Verhalten gerade im Hinblick auf die Herbeiführung des konkreten Erfolges als rechtlich relevante Risikoschaffung anzusehen ist.[1586] Nach *Frisch* ist diese Feststellung bereits eine Frage der Ausdifferenzierung des missbilligten Verhaltens: Komplizierte Überlegungen zur Risikoverwirklichung würden deshalb nur dann notwendig, wenn dieser Schritt bei der Bestimmung der Schaffung eines missbilligten Risikos übergangen werde und man sich stattdessen mit der Feststellung begnügt, dass *(irgend)ein* unerlaubtes Risiko geschaffen wurde.[1587] Auch *Jakobs* weist darauf hin, dass ein Verhalten nur insofern missbilligt sein könne, als ein nicht mehr tolerierbares Risiko für fremde Rechtsgüter geschaffen werde. Soweit mit dem Verhalten gleichzeitig erlaubte Risiken für fremde Rechtsgüter verbunden seien, bleibe das Verhalten in dieser Hinsicht erlaubt. Für die Bestimmung der Risikoverwirklichung will er deshalb darauf abstellen, ob zur Erklärung des konkreten Erfolges all diejenigen Informationen erforderlich sind, aufgrund deren das Verhalten als missbilligte Gefahrschaffung beurteilt wurde.[1588] Die Feststellung der Risikoverwirklichung verlangt demnach zunächst, dass (bei der Schaffung eines unerlaubten Risikos) zutreffend begründet wurde, dass und inwiefern aus der Sicht *ex ante* ein unerlaubtes Risiko geschaffen wurde. In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob der eingetretene Erfolg rückblickend anhand derjenigen Umstände erklärt werden kann, welche das unerlaubte Risiko ausmachen.[1589]

391 Diese Herangehensweise entspricht im Wesentlichen dem von *M.L. Müller* formulierten Gedanken, wonach sich im Erfolg gerade diejenige Gefahr verwirklichen müsse, derentwegen das Verhalten als rechtsnormwidrig anzusehen war.[1590] Dieser Gedanke enthält bereits eine wichtige Annahme im

---

1585 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 71.

1586 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten 524 ff.; in diese Richtung auch *Puppe* ZStW 99 (1987), 595; *Jakobs,* AT[2], 7/76.

1587 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 527.

1588 Vgl. *Jakobs,* AT[2], 7/78; ähnlich *Puppe* ZStW 99 (1987), 595; siehe auch *dies.* ZStW 95 (1983), 309 f. und 314.

1589 *Jakobs,* AT[2], 7/78; im Ergebnis ähnlich *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 526 f., der die Erklärungsformel aber für unnötig hält.

1590 *M. L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57.

Hinblick auf die Beurteilung eines Verhaltens als rechtsnormwidrig, und zwar jene, dass ein Verhalten nicht schlechthin missbilligt wird, sondern im Hinblick auf die spezifische Gefahr eines zu erwartenden Erfolgseintritts.[1591] Die Feststellung, ob sich nun gerade diese Gefahr im Erfolg verwirklicht hat, setzt kein zweites Adäquanzurteil voraus, sondern bedingt vielmehr, dass bei der Beurteilung des Verhaltens klar ausgewiesen wurde, im Hinblick auf welche Gefahren eines Erfolgseintritts das Verhalten als missbilligt anzusehen ist.[1592] Sind die spezifischen Gefahren aber klar benannt, so kann in der Retrospektive lediglich geprüft werden, ob der tatsächliche Verlauf mit demjenigen übereinstimmt, aufgrund dessen das Verhalten als missbilligt beurteilt wurde. *M.L. Müller* ordnete diesen Gedanken unter dem Stichwort der subjektiven Rechtsnormwidrigkeit noch auf der Ebene der Schuld ein,[1593] was aus heutiger Sicht als verfehlt anzusehen ist. Die Feststellung, ob sich im Erfolg gerade dasjenige Risiko im Erfolg niedergeschlagen hat, aufgrund dessen das Verhalten objektiv als missbilligte Risikoschaffung qualifiziert wurde, betrifft die objektive Tatseite und ist richtigerweise auf der Ebene des Tatbestandes einzuordnen.[1594]

392 Diese Überlegungen lassen sich mit dem Gedanken des Schutzzwecks der Norm in Verbindung bringen.[1595] Die hier angestellten Überlegungen dürfen aber nicht ohne Weiteres mit den von *Roxin* unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm diskutierten Zurechnungskriterien gleichgestellt werden. Zu beachten ist nämlich, dass *M.L. Müller* den Schutzzweckgedanken etwa auf das «Tötungsverbot» und damit auf die dem Tatbestand zugrundeliegende Norm bezog.[1596] Bei *Roxin* hingegen wird der Schutzzweckgedanke auf der Stufe der Risikoverwirklichung auf den Schutzzweck der das erlaubte Risiko begrenzenden Sorgfaltsnorm bezogen.[1597] Auf den Schutzzweck der Tatbestandsnorm geht *Roxin* erst im Zusammenhang mit der «Reichweite des Tatbestandes» ein.[1598] Ob diese Überlegungen zum Schutzzweck der

1591 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57.

1592 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57; Frisch, Tatbestandsmässiges Verhalten, 526.

1593 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang 56 ff.

1594 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 524 ff.; *Jakobs,* AT², 7/78.

1595 *Seher,* Zurechnung, 364 f.; *Puppe,* ZStW 95 (1983), 309 f. und 314; vgl. auch *Degener,* Schutzzweck der Norm, 14 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 101.

1596 Siehe *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 56 f., der ausdrücklich vom Tötungsverbot spricht.

1597 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 87 (mit weitergehenden Ausführungen *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 87 ff.).

1598 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 87 Fn. 184 und N. 106 ff. (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 87 Fn. 269 und N. 106 ff.)

Norm richtigerweise als Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung anzuerkennen sind, wird noch zu untersuchen sein.[1599]

cc) Würdigung

393 Im ersten Teil dieser Arbeit wurde bereits erwähnt, dass *M.L. Müller* und *Engisch* unterschiedliche Lösungsansätze für ein und dasselbe Problem entwickelt hatten.[1600] Genau dies spiegelt sich auch in den unterschiedlichen Herangehensweisen bei *Roxin* einerseits und *Frisch* und *Jakobs* andererseits wieder. Der von *M.L. Müller* vorgezeichnete und von *Frisch* und *Jakobs* auf die Erfolgszurechnung übertragene Ansatz verdient meines Erachtens klar den Vorzug. Dieser Lösungsansatz kommt ohne ein zweites Adäquanzurteil aus und verlangt stattdessen eine sorgfältige Auseinandersetzung mit dem Kriterium der missbilligten Risikoschaffung, indem er eine Benennung der zu erwartenden Erfolge voraussetzt, aufgrund deren das Risiko als missbilligt anzusehen sei.[1601] Mit der von der herrschenden Meinung betriebenen «negativen Abschichtung»[1602] von zurechnungsausschliessenden Situationen lässt sich dies aber nicht leisten. Der favorisierte Ansatz bestärkt daher die Einsicht, dass die Schaffung eines missbilligten Risikos positiv zu bestimmen und zu begründen ist.[1603]

394 Zu beachten ist sodann, dass eine Beurteilung der Risikoverwirklichung nach dem hier favorisierten Ansatz prinzipiell unabhängig davon möglich ist, ob die Schaffung eines missbilligten Risikos mit der h.M. aus einer objektivierten *ex ante*-Perspektive beurteilt wird[1604] oder ob eine tatsächlich objektive Beurteilung des Kriteriums vorgenommen wird, bei der sämtliche im Zeitpunkt der Tat gegebenen Umstände berücksichtigt werden, auch wenn sie erst *ex post* erkennbar geworden sind.[1605] Die Entscheidung zugunsten des einen oder anderen Beurteilungsmassstabs kann zur Folge haben, dass Problemstellungen an unterschiedlichen Stellen innerhalb des Deliktsaufbaus zu diskutieren sind. Dies lässt sich etwa anhand des bereits angesprochenen Bluterfalls veranschaulichen: Ausgehend von der vorherrschenden *ex ante*-Beurteilung müsste der Umstand, dass das Opfer an der Bluterkrankheit leidet,

1599 Zweifelnd *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 80 ff.

1600 Siehe oben N. 89 und N. 94.

1601 Siehe auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 526 ff.

1602 *Gropp,* AT^{4}, § 4 N. 87; *Krey/Esser,* AT^{6}, N. 333; vgl. auch *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131 und 298 f.

1603 Dazu bereits oben N. 350.

1604 Dazu oben N. 234 ff.

1605 Dazu oben N. 244 ff.

bei der Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos ausgeblendet werden, weil und soweit dieser Zustand im Zeitpunkt der Ausführung weder für die beschuldigte Person noch für die an ihrer Stelle eingesetzte vernünftige und besonnene Massfigur erkennbar war.[1606] Aus diesem Grund könnte man die Annahme einer missbilligten Risikoschaffung nicht damit begründen, dass ein Schlag auf die Nase die Gefahr eines Todes durch Verbluten schafft.[1607] Die Schaffung eines missbilligten Risikos im Hinblick auf den Eintritt eines Tötungserfolges müsste daher anderweitig begründet werden,[1608] weshalb der Risikozusammenhang zu verneinen wäre, wenn das Opfer aufgrund der Bluterkrankheit verblutet und sich somit dieser nicht der andere, *ex ante* erwartete Verlauf verwirklicht.[1609] Bei einer objektiven Beurteilung des Kriteriums der Schaffung eines missbilligten Risikos wäre der *ex ante* nicht erkennbare, aber im Zeitpunkt der Ausführung gegebene Umstand, dass das Opfer an der Bluterkrankheit leidet, zu berücksichtigen. Daher wird man bei einer objektiven Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos, die Annahme einer missbilligten Risikoschaffung (zumindest auch) damit begründen, dass ein Faustschlag auf die Nase des Opfers in Anbetracht der Erkrankung die Gefahr eines Todes durch Verbluten schafft. Beim Eintritt dieses Verlaufs wird die Risikoverwirklichung daher zu bejahen sein.[1610] Die Frage, ob diese Gefahr für die beschuldigte Person erkennbar war, wird dann auf der subjektiven Tatseite zu diskutieren sein.

b. Besondere Fragestellungen im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Risikos beim Hinzu- oder Dazwischentreten weiterer Personen

395 Besondere Schwierigkeiten bei der Prüfung der Risikoverwirklichung können sich beim Hinzu- oder Dazwischentreten Dritter oder des Opfers ergeben. Zwar ist gemeinhin anerkannt, dass das Hinzu- oder Dazwischentreten Dritter die Zurechnung zur Erstverursacher:in nicht in jedem Fall ausschliessen kann,[1611] darüber hinaus bestehen aber viele Unklarheiten. Diese Schwierigkeiten ergeben sich nicht zuletzt daraus, dass es gewisse Überlagerungen zu anderen Zurechnungspunkte gibt, die hier im Anschluss

1606 Kritisch zum Ausblenden objektiv gegebener Umstände *Struensee,* JZ 1987, 59 f.

1607 In diese Richtung wohl *Frisch,* JuS 2011, 118.

1608 Vgl. *Rengier,* AT[11], §13 N. 72, wonach die statistische Wahrscheinlichkeit, auf eine Person mit Hämophilie zu treffen, bei 1 zu 10›000 liege.

1609 So im Ergebnis Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 85 ff.; *Block,* Atypische Kausalverläufe, 100 f.; *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 569; *Krey/Esser,* AT[6], N. 346; *Rengier,* AT[11], §13 N. 72; *ders.,* FS Geppert, 488 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 301.

1610 Vgl. *Seher,* Jura 2001, 817.

1611 *Kühl,* AT, §4 N. 67; S/S[30]-*Eisele,* Vor §13 N. 100 ff.; *Hauck,* GA 2009, 280 ff., 295.

an *Roxin* unter der «Reichweite des Tatbestandes» behandelt werden und die sich mit der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen befassen.[1612] Zum besseren Verständnis der in diesem Zusammenhang auftretenden Schwierigkeiten vermag die Einsicht beizutragen, dass hinsichtlich des Hinzu- und Dazwischentreten Dritter oder des Opfers grundsätzlich zwei Fallgruppen unterschieden werden können:[1613] Verhaltensweisen können einerseits als missbilligte Risikoschaffung erscheinen, weil eine Situation *aufgrund des Hinzutretens* Dritter oder des Opfers gefährlich werden könnte.[1614] Andererseits kann ein Verhalten aber auch *unabhängig des Hinzu- oder Dazwischentreten* Dritter oder des Opfers gefährlich sein und daher als missbilligte Risikoschaffung beurteilt werden, was aber nicht ausschliesst, dass das Geschehen durch das Hinzu- oder Dazwischentreten Dritter oder des Opfers einen anderen Verlauf nimmt.[1615]

396 Zur ersten Fallgruppe gehören Verhaltensweisen, die gerade durch das anschliessende Verhalten einer anderen Person gefährlich werden. Wird in solchen Fällen die Schaffung eines missbilligten Risikos bejaht, so führt das Hinzutreten der Drittperson in der Regel nicht zur Verneinung der Risikoverwirklichung, weil das Risiko einer unmittelbaren Gefahrschaffung durch die hinzutretende Person gerade der Grund ist, weshalb das vorangegangene Verhalten als missbilligte Risikoschaffung qualifiziert wird.[1616] Schwierigkeiten kann in solchen Fällen vor allem die Frage bereiten, ob überhaupt von einer missbilligten Risikoschaffung auszugehen ist.[1617]

397 Aus diesem Grund ergibt es Sinn, an dieser Stelle den Fokus auf die zweite Fallgruppe zu legen, bei der die beschuldigte Person eine unmittelbare Gefahr eines Erfolgseintrittes schafft, sich der Geschehensverlauf aber aufgrund des Hinzu- oder Dazwischentreten einer Drittperson verändert. Zu denken ist hier an den sog. Ambulanzfall, der im Grunde eine Variante des Spitalbrandfalles ist: Als typisches Beispiel für die fehlende Verwirklichung des missbilligten Risikos wird häufig der Fall genannt, in dem das von der beschuldigten

---

1612 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 106 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106 ff.); siehe dazu unten N. 486 ff.

1613 Zu dieser Abgrenzung auch *Eisele,* FS Kühl, 165 ff.; ferner S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 143.

1614 S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101 ff.; vgl. ferner *Frister,* AT[8], 10/12 ff. und 10/17 ff. dazu eingehend *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff.; 230 ff.

1615 S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 102 ff.; *Frister,* AT[8], 10/27 ff. und 10/29.

1616 *Frister,* AT[8], 10/15.

1617 Fraglich ist aber, ob und inwiefern Verantwortlichkeitsüberlegungen bereits bei der Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos zu berücksichtigen sind. Dazu eingehend unten N. 525 ff.

Person angeschossene Opfer ums Leben kommt, weil die Ambulanz bei der Rettungsfahrt in einen Verkehrsunfall verwickelt wird.[1618] Wird die Ambulanz beim Überqueren einer Kreuzung von einem Lastwagen gerammt, der eine rote Ampel missachtet hat, sodass das Opfer auf der Unfallstelle an den durch den Zusammenstoss verursachten Verletzungen erliegt, so hat sich nicht das Ausgangsrisiko im Erfolg verwirklicht, sondern ein anderes Risiko, das aber nicht Grund für die Missbilligung des Verhaltens war.[1619] So dürfte es in der Regel auch liegen, wenn das von der beschuldigten Person verwundete Opfer stirbt, weil ihm im Spital im Vorfeld der Operation ein falsches oder falsch dosiertes Narkotikum verabreicht wurde.[1620] Zu beachten ist aber, dass in der von der beschuldigten Person geschaffenen Ausgangsgefahr auch sog. Begleitrisiken enthalten sein können, die etwa darin bestehen können, dass die beschuldigte Person durch die Schaffung der Ausgangsgefahr eine Notsituation und dadurch mittelbar die Gefahr eines naheliegenden Fehlverhaltens einer Drittperson schafft.[1621] Für den Fall, dass ein fremdes Fehlverhalten die Ausgangsgefahr verdrängt und sich diese deshalb nicht im Erfolg verwirklicht, bleibt unter Umständen zu prüfen, ob sich dadurch nicht gleichwohl ein mit der Schaffung der Ausgangsgefahr verbundenes, missbilligtes Begleitrisiko im Erfolg verwirklicht.[1622] Bei der Bestimmung dieser Begleitrisiken geht es aber um die Frage, ob die Schaffung der Ausgangsgefahr *gerade wegen eines zu erwartenden Hinzu- oder Dazwischentretens* von Drittpersonen auch als mittelbare Gefahrschaffung anzusehen ist.[1623] Diese Fragestellung ist aber richtigerweise von der Frage der Risikoverwirklichung zu trennen.

1618 So etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 82; *Frisch,* Jus 2011, 205, 206; *Kühl,* AT[8], §4 N. 61; SK[6]-*Rudolphi,* vor §1 N. 63; vgl. ferner S/S[30]-*Eisele,* vor §13 N. 95 f.; *Gropp,* AT[4], §4 N. 91 ff.; *Murmann,* GK[5], §23 N. 118, die den Ausschluss der objektiven Zurechnung bei der Realisierung eines allgemeinen Lebensrisikos mit dem Fehlen des Schutzzweckzusammenhangs begründen.

1619 Strittig ist, ob die Risikoverwirklichung auch auszuschliessen ist, wenn der Unfalltod auf ein mit der Ausgangsgefahr zusammenhängendes missbilligtes Begleitrisiko zurückzuführen ist, beispielsweise wenn die vom Täter herbeigeführte Verletzung eine besonders zügige Verbringung des Opfers in ein Spital erforderlich macht. Vgl. *Frisch,* Jus 2011, 206 Fn. 8; eingehend *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 391 ff.; ferner *Otto,* JuS 1974, 709 und Baumann/Weber/Mitsch/Ei-sele[12]-*Eisele,* §10 N. 82.

1620 *Frisch,* JuS 2011, 206; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 437; *Jakobs,* Studien, 93.

1621 *Frisch,* Jus 2011, 206 Fn. 8; eingehend *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 391 ff.; ferner *Otto,* JuS 1974, 709 und Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 82; nach NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 254 wird die Gefahr eines Fehlers der zweithandelnden Person immer durch die Erstverursacher:in begründet.

1622 Bei der Bestimmung dieser Begleitrisiken müssen aber oftmals Verantwortlichkeitsüberlegungen berücksichtigt werden, auf die hier nicht vorgegriffen werden soll. Dazu insb. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 391 ff.

1623 Dazu auch unten N. 492 und N. 500 ff.

398 Relativ einfach zu beurteilen sind Fälle unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwirklichung aber dann, wenn ein fremdes Fehlverhalten die Vornahme einer Rettungshandlung verunmöglicht oder verzögert. Zu denken ist etwa an den Fall, dass die Ambulanz durch einen Verkehrsunfall lediglich an der Weiterfahrt gehindert wird, wodurch das Opfer anschliessend nicht mehr rechtzeitig ins Spital verbracht werden kann. Das von der beschuldigten Person herbeigeführte Ausgangsrisiko an und für sich wird in diesem Fall durch das Fehlverhalten der unfallverursachenden Drittperson nicht beeinflusst.[1624] Im Hinblick auf die Risikoverwirklichung unbeachtlich ist deswegen auch stets das Unterlassen von gebotenen Rettungshandlungen.[1625] Dass eine Ärzt:in eine zur Rettung einer Patient:in notwendige Behandlung trotz entsprechender Handlungsmöglichkeit (vorsätzlich) unterlässt, mag zwar durchaus unvorhersehbar erscheinen.[1626] Das Unterlassen kann die Risikoverwirklichung aber nicht ausschliessen, weil es sich nicht auf den Geschehensablauf auswirkt: Ein «Dazwischentreten» liegt damit gar nicht erst vor.[1627] Ähnlich liegt es, wenn ein Behandlungsfehler dazu führt, dass die Verwirklichung des Ausgangsrisikos allenfalls hinausgezögert, nicht aber verhindert werden kann.[1628] Aus dem Gesagten wird deutlich wird deutlich, dass für die Risikoverwirklichung in erster Linie die Frage entscheidend ist, ob das Hinzu- oder Dazwischentreten einer Drittperson die von der beschuldigten Person geschaffene Ausgangsgefahr (und deren Begleitrisiken) ersetzt oder nicht.[1629]

399 Fraglich ist sodann, ob das nachträgliche Verhalten des Opfers zu einer Verneinung der Risikoverwirklichung führen kann.[1630] Auch hier kann wiederum danach unterschieden werden, ob die beschuldigte Person durch ihr Verhalten eine unmittelbares Gefahr schafft oder ob die Schaffung der unmittel-

1624 Vgl. dazu *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 436.

1625 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430 ff.; *Otto,* GK⁷, § 6 N. 57; so schon *ders.,* FS. Maurach, 95 ff., 100; *Renzikowski,* Täterbegriff, 109 f.; SK⁶-*Rudophi,* vor § 1 N. 74; *Schmoller,* FS Triffterer, 233 f.; differenzierend *Rengier,* AT¹¹, § 13 N. 96, *ders.,* Erfolgsqualifizierte Delikte, 162, wonach entscheidend sein soll, ob die Träger:in der Garantenpflicht bereits die Abwehr der Gefahr übernommen habe. Ablehnend aber *Diel,* Regressverbot, 234 f.; SK⁹-*Jäger,* vor § 1 N. 134; NK⁵-*Puppe,* vor § 13 N. 252.

1626 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430 f.; in diese Richtung Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* § 10 N. 148.

1627 Vgl. SK⁶-*Rudophi,* vor § 1 N. 74; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430 ff.; *Otto,* GK⁷, § 6 N. 57; *ders.,* FS. Maurach, 95 ff., 100; *Renzikowski,* Täterbegriff, 109 f.

1628 *Frisch,* Jus 2011, 209.

1629 In diese Richtung auch *Jakobs,* Studien, 92 f.; *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 68; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 437; *ders.,* JuS 2011, 206 Fn. 8.

1630 Vgl. *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 67; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* § 10 N. 137 f.

baren Gefahr durch das Opfer selbst vermittelt ist.[1631] Bei letzteren Fällen hängt die Zurechnung des Erfolges nach überwiegender Meinung entscheidend davon ab, ob sich das Opfer eigenverantwortlich der Gefahr ausgesetzt hat.[1632] Auf diese Fragestellung wird im Zusammenhang mit der «Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung» einzugehen sein.[1633] An dieser Stelle ist der Blick daher wiederum vorranging auf Fallkonstellationen zu richten, in denen das Verhalten der beschuldigten Person für sich genommen als missbilligte Risikoschaffung zu beurteilen ist, beispielsweise indem die beschuldigte Person auf das Opfer schiesst oder auf dieses einsticht. Kommt es in der Folge aufgrund einer typischen Ausweich- oder Fluchtreaktion zu einem Erfolgseintritt, so dürfte die Risikoverwirklichung zu bejahen sein.[1634] Das Hervorrufen der Ausweich- oder Fluchtreaktion, samt der damit für das Opfer verbundenen Gefahren, dürfte nämlich als ein mit der Schaffung des missbilligten Ausgangsrisikos notwendig verbundenes Begleitrisiko anzusehen sein.[1635] Abgelehnt wird die Risikoverwirklichung in der Literatur aber bei von vornherein sinnlosen oder offensichtlich unvernünftigen Opferreaktionen.[1636] Auch hier ist aber zunächst zu differenzieren: Verzichtet das Opfer unvernünftigerweise auf die Behandlung einer Verletzung, so muss dies unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwirklichung wiederum unbeachtlich sein, da ein Unterlassen keinen Einfluss auf das Ausgangsrisiko hat.[1637] Ein Ausschluss der Risikoverwirklichung kann demnach ohnehin nur dann in Betracht kommen, wenn das Opfer durch sein Tun seine Situation zusätzlich verschlechtert. Zu beachten ist jedoch, dass typische Opferreaktionen oftmals von dem abweichen, was sich ein nicht selbst betroffener (männlicher) Beobachter unter einer «vernünftigen Opferreaktion» vorstellt.[1638] Aus diesem Grund sollte von einer unvernünftigen Opferreaktion,

1631 Der erstgenannte Fall wird unter dem Titel der «Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung» diskutiert (siehe unten N. 446 ff.), der zweitgenannte unter dem Titel der «einverständlichen Fremdgefährdung (siehe unten N. 469 ff.). Zur Abgrenzung siehe unten N. 473 ff.

1632 Zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit, unten N. 457 ff.

1633 Siehe unten N. 446 ff.

1634 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 137; Krey/Esser, AT[6], N. 349 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 302.

1635 *Krey/Esser,* AT[6], N. 351; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 137.

1636 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 82 und N. 138 mit der Relativierung, dass die Zurechenbarkeit zu bejahen sei, wenn «die Schwere der zugefügten Verletzung zu einer Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten führt und es deshalb zu einer überzogenen Opferreaktion kommt».

1637 So auch *Krey/Esser,* AT[6], N. 349 f.

1638 Zustimmung verdient daher BGH NStZ 2008, 278: Der Angeklagte hatte seine Ehefrau im Rahmen eines Streits durch einen Messerstich verletzt, woraufhin diese in einer

deren Veranlassung kein missbilligtes Begleitrisiko des Ausgangsrisikos bildet, nur mit Zurückhaltung ausgegangen werden.[1639]

400 Schliesslich bleibt zu diskutieren, inwiefern der Risikozusammenhang auch durch das nachträgliche Verhalten der beschuldigten Person selbst unterbrochen werden kann. In diesem Zusammenhang werden teilweise die sog. *dolus generalis*-Fälle diskutiert,[1640] denen jeweils ein mehraktiger Geschehensablauf zugrunde liegt: Im berühmten Beilhammerfall schlug der Angeklagte seiner Ehefrau mit einem Beilhammer mehrmals auf den Hinterkopf, anschliessend schleppte er seine totgeglaubte Ehefrau in das Badezimmer, wo er ihr mit Fleischmesser und Beilhammer den Kopf abtrennte.[1641] Bislang wurden diese Fälle gemeinhin beim subjektiven Tatbestand als Unterfall des Irrtums über den Kausalverlauf behandelt.[1642] In den aktuellen Lehrbüchern wird aber vermehrt darauf hingewiesen, dass Kausalabweichungen (auch) über die objektive Zurechnung gelöst werden können.[1643] Schwierigkeiten im Hinblick auf die objektive Zurechnung bereitet dabei vor allem der erste, vorsätzlich ausgeführte Akt, weil dieser kausal für den Eintritt des Erfolges war und er auch zweifellos als missbilligte Risikoschaffung zu qualifizieren ist. Unter dem Gesichtspunkt der Risikoverwirklichung ist nun aber fraglich, ob im Niederschlagen mit dem Beilhammer die Gefahr des Todes durch Enthauptung enthalten ist.[1644] Auf den ersten Blick ist die Risikoverwirklichung zu verneinen, zumal das Ausgangsrisiko durch die zweite Handlung verdrängt wird.[1645]

401 Zu klären bleibt, ob hier dem Umstand, dass die beschuldigte Person die Verwirklichung des von ihr geschaffenen Risikos selber unterbricht, besonders Rechnung zu tragen ist. Denkbar wäre zunächst, dass die Möglichkeit einer

«Kurzschlussreaktion» auf das Fensterbrett gesprungen war, das Gleichgewicht verlor und zu Tode stürzte. Der BGH sah darin keine unvernünftige Opferreaktion, die eine Zurechnung der Todesfolge im Sinne von § 227 dStGB ausschliessen würde.

1639 So auch *Krey/Esser,* AT[6], N. 351.

1640 Die Bezeichnung dieser Fälle rührt von einem ganz frühen Lösungsansatz für diese Fallkonstellationen her. Vgl. dazu *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 86.

1641 BGE 109 IV 94.

1642 BGE 109 IV 94 E. 3a ff.; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 35 f.; *Seelmann/Geth*[6], N. 138 f. (ebenso *Geth*[7], N. 138 f.); *Stratenwerth,* AT I[4], § 9 N. 86 f., *Riklin,* AT[3], § 13 N. 64.

1643 *Seelmann/Geth*[6], N. 139 (ebenso *Geth*[7], N. 139 mit dem Hinweis, dass die neue Lehre erhebliche Kausalabweichungen bereits über die objektive Zurechnung ausscheide. Vgl. auch BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 32; zur Lösung über die objektive Zurechnung in der deutschen Lehrbuchliteratur vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 11 N. 70 und 75; aber *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 72.

1644 Vgl. *Seelmann/Geth*[6], N. 139[6] (übereinstimmend *Geth*[7], N. 139).

1645 *Kühl,* AT[8], § 13 N. 48; *Murmann,* GK[5], § 24 N .72; in diese Richtung auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 464 ff.; anders Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 11 N. 76 und § 10 N. 164

Unterbrechung des Risikozusammenhanges durch eine Zweithandlung der beschuldigten Person schlechthin ausgeschlossen wird.[1646] Mit Blick auf die *dolus generalis*-Fälle erscheint diese Lösung naheliegend, weil das Rechtsgefühl hier nach einer Bestrafung wegen vollendeter vorsätzlicher Tötung schreit.[1647] Wendet man den Blick hingegen anderen Fallkonstellationen zu, erweist sich diese Lösung als unzutreffend. Zu denken ist hierbei etwa an den Fall, dass die beschuldigte Person einer Einbrecher:in in Überschreitung ihrer Notwehrbefugnis mit Tötungsvorsatz mit einer rostigen Schaufel mehrere Schläge auf den Kopf versetzt, sich aber besinnt, als sie die Einbrecher:in bewusstlos vor sich liegen sieht. Deswegen fährt die beschuldigte Person die verletzte Einbrecher:in unter Einhaltung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit ins Spital, wobei sie aber ein rote Ampel übersieht und dadurch einen für die verletzte Einbrecher:in tödlichen Unfall herbeiführt. Nun ist nicht einzusehen, weshalb die beschuldigte Person im Hinblick auf den Risikozusammenhang schlechter gestellt werden sollte, wenn sie sich selbst um die Rettung des von ihr verletzten Opfers bemüht, anstatt lediglich Hilfe herbeizurufen.[1648] Richtigerweise ist das nachträgliche Fehlverhalten der beschuldigten Person deshalb nicht anders zu behandeln als jenes von Dritten. Es gilt deshalb danach zu differenzieren, ob sich durch die Zweithandlung lediglich ein in der Ersthandlung enthaltenes Risiko verwirklicht oder ob das Ausgangsrisiko durch die Zweithandlung verdrängt wird. Soweit das offensichtliche Ausgangsrisiko wie in den beiden genannten Fällen durch die Zweithandlung verdrängt wird, bleibt allenfalls zu fragen, ob das Risiko der Vornahme der Zweithandlung bereits ein missbilligtes Begleitrisiko der Ersthandlung war. Ob sich die missbilligten Begleitrisiken im Hinblick auf eigenes Nachtatverhalten objektiv überhaupt genau bestimmen lassen, bleibt indes zweifelhaft.[1649]

2. Schutzzweckzusammenhang (Erfolg ausserhalb des Schutzzwecks der Norm)

402 Auszuschliessen ist die Zurechnung des Erfolges nach wohl herrschender Auffassung auch, wenn der eingetretene Erfolg ausserhalb des Schutzzwecks der Norm liegt.[1650] Ein Teil der Literatur will den Anwendungsbereich dieses

1646 So im Ergebnis wohl Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §11 N. 76; ablehnend, *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 464 ff.

1647 Vgl. etwa BGE 109 IV 94 E. 3c f.

1648 Vgl. aber Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §11 N. 76.

1649 Kritisch auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 465 ff.

1650 *Rudolphi,* JuS 1969, 552 ff.; SK[6]-*ders.,* vor §1 N. 64; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 353; *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 574 f.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 94 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 162; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 288; *Krey/Esser,* AT[6], N. 339; *Kühl,*

Zurechnungskriteriums allerdings auf das Fahrlässigkeitsdelikt beschränkten.[1651] Zum Teil scheinen Schutzzwecküberlegungen in der Literatur anstatt in Zusammenhang mit der Verwirklichung des Risikos bereits auf der Stufe der Schaffung eines missbilligten Risikos angestellt zu werden.

403 Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich das Erfordernis, dass sich gerade diejenige Gefahr im Erfolg niederschlagen muss, aufgrund deren das Verhalten missbilligt war, mit dem Schutzzweckgedanken in Verbindung bringen lässt.[1652] Bei diesen auf *M.L. Müller* zurückgehenden Überlegungen stand aber der Schutzzweck der dem Tatbestand zugrundeliegenden Verhaltensnorm im Vordergrund.[1653] *Roxin* und mit ihm ein Teil der Literatur beziehen den Schutzzweckgedanken auf der Stufe der Risikoverwirklichung hingegen auf die *Sorgfaltsnorm*.[1654] Daneben will *Roxin* unter dem Titel der «Reichweite des Tatbestandes» die objektive Zurechnung auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks des Tatbestandes ausschliessen.[1655] Diese Unterscheidung kann jedoch nur auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen: Angesichts dessen, dass *Roxin* den Sorgfaltsnormen eine wichtige Bedeutung bei der Bemessung des erlaubten Risikos beimisst, sie also über das Vorliegen einer missbilligten Risikoschaffung und insoweit auch über den Inhalt der Tatbestandsnorm entscheiden, ist zu hinterfragen, ob überhaupt sinnvoll zwischen dem Schutzzweck der Tatbestandsnorm und jenem der Sorgfaltsnorm unterschieden werden kann.[1656] In der Literatur wird dieses Problem meist dadurch vermieden, dass die bei *Roxin* unter der «Reichweite des Tatbestandes» diskutierten Zurechnungsgesichtspunkte (namentlich die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und einvernehmliche Fremdgefährdung) gar nicht erst mit dem Schutzzweckgedanken in Verbindung gebracht werden.[1657] Die unter dem Titel des Schutzzwecks

AT[8], § 4 N. 74 und § 17 N. 68 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 116 ff.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 75 f.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 84 ff.; *Schlüchter,* JuS 1977, 106 ff.; *Schünemann,* GA 1999, 224 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 264 ff.; kritisch aber *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 65, 80 ff.; *Degener,* Schutzzweck der Norm, 512.

1651 *Kaspar,* AT[2], § 9 N. 57; *Puppe,* AT[4], § 4 N. 1 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 492 ff. (ebenso *Geth*[7], N. 492 ff.); *Seher,* Jura 2001, 818; in diese Richtung wohl auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 73.

1652 Siehe oben N. 89.

1653 *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 56 f.

1654 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 87 (übereinstimmend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 87); *ders.,* FS Gallas, 242 ff.; vgl. ferner *Murmann,* GK[5], § 23 N. 116,

1655 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 87 Fn. 184 und N. 106 ff. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 87 Fn. 269 und N. 106 ff.); vgl. auch *ders.,* FS Gallas, 242 ff.

1656 Vgl. etwa *Murmann,* GK[5], § 23 N. 116, der auf den Schutzbereich der Verhaltensnorm abstellen will.

1657 Vgl. etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 103 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 70 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 86 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 269 ff.

der Norm angestellten Überlegungen entsprechen daher im Wesentlichen oftmals denjenigen, die *Roxin* im Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Sorgfaltsnorm erörtert.[1658] Teilweise gehen sie aber auch darüber hinaus und erfassen auch Fragestellungen, die bereits unter dem Gesichtspunkt des Risikozusammenhanges diskutiert wurden.[1659]

404 Besser nachvollziehen lassen sich die Schwierigkeiten, die mit der Bestimmung und Einordnung dieses Zurechnungsgesichtspunktes verbunden sind, wenn man sich die Entwicklung des Schutzzweckgedankens vergegenwärtigt. Aus diesem Grund soll nachfolgend die Entwicklung des Schutzzweckgedankens kurz nachgezeichnet werden (a.). Danach soll die auf den Schutzzweck der Sorgfaltsnorm bezogene Schutzzwecklehre untersucht werden (b).

a. Entwicklung der Schutzzwecklehre

405 Wie bereits erwähnt, lässt sich das Zurechnungsprinzip des Schutzzwecks der Norm auf den von *M. L. Müller* formulierten Gedanken zurückführen, wonach sich im Erfolg diejenige Gefahr verwirklichen müsse, derentwegen das Verhalten objektiv rechtsnormwidrig war.[1660] Diese Überlegung wurde erst gut zwanzig Jahre später von *Engisch* in seiner Schrift über die «Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände» unter dem Begriff des «Rechtswidrigkeitszusammenhanges» aufgenommen und modifiziert.[1661] Der Gedanke des Schutzzwecks der Norm stiess in der Strafrechtsdogmatik zunächst auf wenig Interesse. Beachtung fand er hingegen im Zivilrecht, wo er von *Rabel* und später insbesondere von *v. Caemmerer* etabliert wurde[1662] und auch Eingang in die Rechtsprechung fand.[1663] Die zivilrechtliche Schutzzwecklehre besagt, dass durch sorgfaltswidriges Verhalten verursachte Schäden nur dann

1658 Vgl. *Roxin,* AT I[4], §11 N. 87 (nunmehr *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 87); ferner *Eisele/Heinrich,* AT, N. 162; *Rengier,* AT[11], §13 N. 75 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 264. Mit Blick auf Fahrlässigkeitsdelikte auch *Kühl,* AT[8], §17 N. 68 ff.; Puppe, AT[4], §4 N. 1 ff. Im Vergleich zu *Roxin* weiter gefasst wird der Anwendungsbereich des Schutzzweckgedankens aber etwa bei *Murmann,* GK[5], §23 N. 116 ff.

1659 *Murmann,* GK[5], §23 N. 118; ferner *Gropp,* AT[4], §4 N. 91 ff.

1660 *M. L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57.

1661 *Engisch,* Kausalität, 61; vgl. auch *Degener,* Schutzzweck der Norm, 15 f.; dazu bereits oben N. 95.

1662 *Rabel,* Warenverkauf, 496 f.; v. *Caemmerer,* Gesammelte Schriften, 402 f.; vgl. auch *Rudolphi,* JuS 1969, 550; ferner *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 101; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung, 117.

1663 *Rudolphi,* Jus 1969, 550 mit Hinweis auf BGHZ 27, 137; 29, 65; 30, 154; 32, 205; 44, 376; vgl. für die zivilrechtliche Rechtsprechung in der Schweiz BGer vom 1. 6. 2005, 4C.103/2005, E. 5.1.

ersatzpflichtig sind, wenn die die Schadenshaftung begründende Norm gerade darauf gerichtet war, vor eben solchen Verletzungen zu schützen.[1664] Ab Mitte der Sechzigerjahre wurden die im Zivilrecht angestellten Überlegungen zum Schutzzweck der Norm von der deutschen Strafrechtsdogmatik nach und nach aufgegriffen und ins Strafrecht übertragen.[1665] Dort kam der Schutzzweckgedanke zunächst in der Fahrlässigkeitsdogmatik zum Tragen, in der sich in der Zwischenzeit die Auffassung durchgesetzt hatte, dass das Fahrlässigkeitsdelikt auf der Ebene des Tatbestandes eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung voraussetze.[1666] Aus diesem Grund erstaunt es kaum, dass die in der zivilrechtlichen Dogmatik in Bezug auf deliktsrechtliche Schutznormen angestellte Überlegungen[1667] zum Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Literatur auf die Sorgfaltsnorm bezogen wurden.[1668]

406 Wie bereits erwähnt, griff *Rudolphi* die Überlegungen zum Schutzzweck der Norm in seinem Aufsatz aus dem Jahr 1969 auf und entwickelte sie zu einer eigenständigen Lehre, wobei er zugleich den Anwendungsbereich des Schutzzweckgedankens erweiterte.[1669] Ein Jahr später übernahm *Roxin* den Schutzzweckgedanken in seinem Beitrag zur Festschrift für *Richard Honig*,[1670] der vielfach als Geburtsstunde der «neueren» Lehre der objektiven Zurechnung gesehen wird.[1671] Im Gegensatz zu *Rudolphi* sprach sich *Roxin* aber für eine Beschränkung des Schutzzweckgedankens aus: Über den Schutzzweck der Norm sollte die objektive Zurechnung des Erfolges nur dann ausgeschlossen werden, wenn sie nicht über die anderen Zurechnungsgesichtspunkte aus-

1664 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 101; *Rudolphi,* Jus 1969, 550; vgl. auch *v. Caemmerer,* Gesammelte Schriften, 402 f.; *U. Huber,* JZ 1969, 678; *Stoll,* Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 6 ff.; *Wolf,* Der Normzweck im Deliktsrecht, 14 ff.; ferner *Lange,* AcP 156 (1958), 129.

1665 *Armin Kaufmann,* ZfRV 1964, 53; *Jescheck,* Fahrlässigkeit, 16; *ders.,* AT¹, 387; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 364; ferner *Gimbernat-Ordeig,* ZStW 80 (1968), 922 Fn. 20, der bereits 1962 unter dem Gesichtspunkt der Auslegung ähnliche Überlegungen angestellt hatte (vgl. dazu *ders.,* Problematik der inadäquaten Handlungen, 133); später auch *Rudolphi,* JuS, 1969, 552; *Roxin,* FS Honig, 140; *ders.* FS Gallas, 241 ff.; referierend *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 102; *Hübner,* Entwicklung der objektiven Zurechnung. 177; *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 53. Zur Entwicklung im Strafrecht auch *Degener,* Schutzzweck der Norm, 16 ff., der aber den Bezug zum Zivilrecht ausser Acht lässt.

1666 Siehe etwa *Jescheck,* Fahrlässigkeit, 11 ff.; *ders.,* AT¹, 382 ff.; *Rudolphi,* Jus 1969, 549 m.w.N.

1667 Vgl. *v. Caemmerer,* gesammelte Schriften, 402 f.

1668 Vgl. etwa *Jescheck,* Fahrlässigkeit, 16; *ders.,* AT¹, 387; ferner *Gimbernat-Ordeig,* ZStW 80 (1968), 922 Fn. 20; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 364.

1669 *Rudolphi,* Jus 1969, 550 ff.; vgl. auch *Degener,* Schutzzweck der Norm, 19 f.

1670 *Roxin,* FS Honig, 140 f.

1671 Dazu eingehend oben N. 139 ff.

geschlossen werden könne.[1672] In seinem Beitrag zur Festschrift für *Wilhelm Gallas* setzte sich *Roxin* mit dem «Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten» auseinander, wobei er mehrheitlich die bereits von *Rudolphi* angesprochenen Fallkonstellationen[1673] behandelte und sie um die einvernehmliche Fremdgefährdung ergänzte.[1674] Diese Fallgruppen ordnete *Roxin* später dem Schutzzweck des Tatbestandes zu und grenzte sie von dem Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm ab.[1675] Für den Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm verbleibt in *Roxins* Lehre der objektiven Zurechnung daher nur ein kleiner Anwendungsbereich – behandelt werden einzig jene Fallkonstellationen, die nicht anderweitig gelöst werden können.[1676]

b. Anforderungen an den Zurechnungsausschluss

407 Positiv formuliert besagt dieses Zurechnungskriterium, dass der Erfolg unter den Gesichtspunkten des Schutzzwecks der Norm nur dann zugerechnet werden kann, wenn die missachtete Norm gerade den Zweck hatte, Erfolge von der Art des Eingetretenen zu verhindern.[1677] Was genau damit gemeint ist, wird etwa anhand des Beispiels zweier Radfahrer:innen illustriert, die ohne Licht im Dunkeln unterwegs sind.[1678] Wird nun die vordere Radfahrer:in einen Unfall verwickelt, so stelle sich die Frage, ob deren Verletzung der hinteren Radfahrer:in zugerechnet werden kann. *Roxin* hält hierzu fest, dass das verbotene Fahren ohne Beleuchtung der zweiten Radfahrer:in die Gefahr, dass die erste Radfahrer:in einen Unfall verursachen würde, erheblich gesteigert habe.[1679] Trotzdem erscheine eine Zurechnung des Erfolges als sinnwidrig, zumal der Zweck des Beleuchtungsgebotes darin liege, Unfälle zu vermeiden, die direkt vom eigenen Fahrrad ausgehen, nicht aber darin,

1672 *Roxin,* FS Honig, 140 f.; *ders.,* FS Gallas, 242 f.

1673 *Rudolphi,* Jus 1969, 553 ff. sprach bereits die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, Folge- und Dauerschäden sowie die Zurechnung bei von Dritten herbeigeführten Folgeverletzungen an. Vgl. dazu auch *F.-C. Schroeder,* Blitz als Mordinstrument, 54; eingehend *Degener,* Schutzzweck der Norm, 21 ff.

1674 *Roxin,* FS Gallas, 243 ff., zur einvernehmlichen Fremdgefährdung, a.a.O. 249 ff.

1675 Siehe *Roxin,* AT I[4], §11 N. 87 mit Fn. 184 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 87 mit Fn. 269).

1676 *Roxin,* FS Honig, 140 f.

1677 *Murmann,* GK[5], §23 N. 116; *Seelmann/Geth*[6], N. 492 (ebenso *Geth*[7], N. 492); vgl. auch die Formel der Schutzzwecklehre bei *M. L. Müller,* Kausalzusammenhang, 57, wonach eine Tatsache schuldhaft verursacht ist, wenn sie durch ein schuldhaftes Verhalten und zwar in Verwirklichung der Gefahr verursacht wird, derentwegen das Verhalten schuldhaft war.

1678 RGSt 63, 392.

1679 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 85 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 85).

andere Fahrräder zu beleuchten, um deren Zusammenstösse mit Dritten zu verhindern.[1680] Ein weiteres, etwas anders gelagertes Beispiel für den fehlenden Schutzzweckzusammenhang ist dasjenige der Fahrzeuglenker:in, die eine rote Ampel missachtet und zweihundert Meter nach der Kreuzung trotz nunmehr vorsichtigem Fahren eine Fussgänger:in anfährt, die unvermittelt auf die Strasse tritt.[1681] Auch hier überschreite die Fahrer:in das erlaubte Risiko, indem sie trotz roter Ampel auf die Kreuzung hinausfährt.[1682] Dieses Risiko schlägt sich auch im Erfolg nieder, weil die Fahrer:in ohne Missachtung der roten Ampel erst später am Unfallort angekommen wäre.[1683] Trotzdem wird auch hier die Erfolgszurechnung abgelehnt, weil Ampeln nur den Zweck haben, einen räumlich eng begrenzten Bereich zu regeln.[1684]

408 In beiden Fällen erscheint die Lösung über den fehlenden Schutzzweckzusammenhang auf den ersten Blick durchaus überzeugend. Das Ergebnis – die Nichtzurechnung des Erfolgs – erscheint intuitiv richtig. Daran, dass die Haftung für den konkreten Erfolgseintritt in beiden Beispielfällen auszuschliessen ist, besteht kein Zweifel. Fraglich ist aber, ob die Lösung über den Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm hierfür überhaupt notwendig ist.[1685] Bei näherem Hinsehen ist nämlich zu bezweifeln, dass der Zurechnungsausschluss in beiden Fällen tatsächlich auf denselben Erwägungen beruht.

409 Im eben erwähnten Radfahrer:innenfall lässt sich vom Boden der Äquivalenztheorie bereits bezweifeln, ob das Verhalten der hinteren Radfahrer:in für die Verletzung der vorausfahrenden Radfahrer:in überhaupt ursächlich

1680 *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 85; *Frei,* Kausalzusammenhänge, N. 284 je m.w.N.; ähnlich auch *Jescheck/Weigend,* AT⁵, 586.

1681 *Armin Kaufmann,* ZfRV 1964, 41, 53; *Kaspar,* JuS 2012, 114; *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 117. Teilweise wird das Beispiel anstatt mit einer roten Ampel mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung gebildet. Vgl. BSK⁴-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 126; *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 75; *Stratenwerth,* AT I⁴, § 9 N. 43.

1682 *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 117.

1683 Vgl. *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 75, der bei den entsprechenden Ausführungen aber von einer Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit, nicht vom Überfahren einer roten Ampel ausgeht (in der Neuauflage finden sich die entsprechenden Ausführungen bei *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 73 auf S. 492); vgl. auch *Schlüchter,* JuS 1977, 108.

1684 So *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 117; wird der Fall dahingehend variiert, dass der Fahrer zuerst die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreitet, so wird das Fehlen des Schutzzweckzusammenhangs damit begründet, dass es offensichtlich nicht der Sinn von Geschwindigkeitslimiten sei, die Ankunftszeiten zu verlängern. So etwa *Stratenwerth,* AT I⁴, § 9 N. 43; vgl. aber *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 75, der den Fall über die Verwirklichung des unerlaubten Risikos löst, wobei er aber durchaus auch auf Schutzzwecküberlegungen rekurriert: «Das Verbot der Geschwindigkeitsüberschreitung will nicht verhindern, dass Autos zu einer bestimmten Zeit an einer bestimmten Stelle fahren.» (Ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 73, S. 492.)

1685 Vgl. auch *Jakobs,* AT², 7/79 und 81.

war.[1686] Doch selbst wenn die Kausalität zu bejahen ist, bedarf es für den Ausschluss der objektiven Zurechnung keines Rückgriffs auf den Schutzzweck der Sorgfaltsnorm. Als kausal für den Unfall ist das Hinterherfahren der zweiten Radfahrer:in nur dann anzusehen, wenn davon ausgegangen wird, dass die hinterherfahrende Radfahrer:in die verunfallte vorausfahrende Radfahrer:in durch ihr eigenes Verhalten zum nächtlichen lichtlosen Radfahren veranlasst hat. Die Lösung ergibt sich dann aber aus der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen, zumal der Eintritt des Erfolges auf die eigenverantwortliche Selbstgefährdung der verunfallten Person selbst (und allenfalls des Fehlverhaltens der anderen am Unfall beteiligten Person) zurückzuführen ist.[1687]

410 Auch der Ampelfall lässt sich ohne ein eigenständiges Kriterium des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm zufriedenstellend lösen. Ausgehend von der herrschenden Auffassung hinsichtlich der Bestimmung der Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos kann der Fall über die Risikoverwirklichung gelöst werden: Ein allenfalls durch die Missachtung der roten Ampel geschaffenes missbilligtes Risiko verwirklicht sich gar nicht im Erfolg, wenn dieser bei anschliessend vorsichtigem Fahren eintritt.[1688] Der Umstand, dass die Fahrer:in ohne die Überschreitung des erlaubten Risikos später am Unfallort eingetroffen wäre, begründet lediglich die Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens. Die objektive Zurechnung scheitert aber daran, dass die Verwirklichung des missbilligten Risikos zu verneinen ist, weil die *missbilligte* Gefahrensituation im Zeitpunkt des Unfalls bereits wieder behoben war. Der Fall ist somit absolut vergleichbar mit jenem, bei dem das durch die beschuldigte Person verletzte Opfer in das Spital verbracht wird und sich dort nach erfolgreicher Behandlung mit einer Infektionskrankheit ansteckt.[1689] Auch dort tritt der Erfolg zwar anlässlich aber nicht wegen des Fehlverhaltens der beschuldigten Person ein.[1690]

1686 Vgl. aber RGSt 63, 392, 393: «Hierbei muss der Vorfall, wie er sich wirklich abgespielt hat, entscheiden. Deshalb kann nicht – wovon der Oberreichsanwalt ausging – der Angeklagte ganz hinweggedacht werden, sondern es muss mit seiner Anwesenheit mit unbeleuchtetem Fahrrad gerechnet und gefragt werden, wie der Sachverhalt gewesen wäre, wenn er die Beleuchtung nicht unterlassen hätte.»

1687 Zur Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, unten N. 446 ff.

1688 Nach der h.M. ist das vorsichtige Fahren unmittelbar vor der Kollision objektiv nicht als missbilligte Risikoschaffung zu beurteilen (vgl. etwa *Murmann,* GK^5, § 23 N. 117; zur Teilnahme am Strassenverkehr als typischer Fall des erlaubten Risikos: *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 66; dazu schon oben N. 306 f.).

1689 Vgl. zu diesem Fall etwa *Roxin/Greco,* AT I^5, N. 71; derartigen Fallkonstellationen schon oben N. 395 ff.

1690 Vgl. *Jakobs,* AT^2, 7/76.

411 Abweichend muss die Lösung im Ampelfall hingegen nach der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich der Bestimmung der Schaffung eines missbilligten Risikos ausfallen. Bei einer rein objektiven Beurteilung muss die Situation unmittelbar vor der Kollision zwischen dem Fahrzeug und der Fussgänger:in – entgegen der h.M. – als rechtlich relevante Risikoschaffung beurteilt werden.[1691] Massgeblich für die Lösung des Falles muss daher die Frage sein, ob die Fahrzeuglenker:in dieses rechtlich relevante Risiko fahrlässig herbeigeführt hat oder nicht. Die Lösung des Falles verlagert sich damit auf die subjektive Tatseite, womit freilich der Bereich der objektiven Zurechnung verlassen ist.[1692] Entscheidend ist, ob die Lenker:in die Schaffung des rechtlich relevanten Risikos erkannt hat oder sie es bei pflichtgemässer Vorsicht hätte erkennen können.[1693] Geht man nun davon aus, dass die Lenker:in unmittelbar vor der Kollision mit der Fussgänger:in vorsichtig gefahren ist, so wird man ihr keine Fahrlässigkeit vorwerfen können, wenn die Fussgänger:in so unvermittelt auf die Fahrbahn trat, dass die Lenker:in, trotz pflichtgemässer Vorsicht, die Entstehung der Gefahrensituation nicht mehr rechtzeitig erkennen konnte.[1694] Um dem Überfahren der Ampel eine Bedeutung bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit hinsichtlich des unmittelbar vor der Kollision geschaffenen Risikos beimessen zu können, müsste man begründen können, dass dieses Verhalten eine Übernahmefahrlässigkeit begründe, wozu aber kein Anlass besteht.

412 Es lässt sich also festhalten, dass der Zurechnungsausschluss in den beiden Fällen weder auf denselben Erwägungen beruht noch mit einem Rückgriff auf den Schutzzweckgedanken begründet werden muss. Zu überprüfen ist, ob sich dieser Befund mit Blick auf den sog. Myokarditis-Fall erhärten lässt, der ebenfalls typischerweise über den Schutzzweck der Norm gelöst wird.[1695] In diesem Fall hatte ein Zahnarzt einer Patientin unter Vollnarkose zwei Backen-

1691 Das Überfahren der roten Ampel wäre hingegen nicht als zwingend als rechtlich relevante Risikoschaffung zu beurteilen, da es dabei nur auf das objektive Vorliegen einer Gefahr ankommt. Hat die Lenker:in durch das Überfahren der Ampel auf der Kreuzung objektiv eine konkrete Gefahr einer Kollision mit anderen Fahrzeugen geschaffen, dann wäre das Überfahren der Ampel insoweit selbstverständlich auch als rechtlich relevante Risikoschaffung anzusehen. Hat sie die Kreuzung aber beispielsweise um vier Uhr nachts überfahren und waren weit und breit keine anderen Verkehrsteilnehmer:innen anwesend, sodass die Situation objektiv ungefährlich war, so ist das Überfahren der roten Ampel noch nicht als rechtlich relevante Risikoschaffung zu beurteilen.

1692 Wird mit Blick auf die Situation unmittelbar vor der Kollision die Schaffung eines rechtlich relevanten Risikos angenommen, so wird objektiv auch die Risikoverwirklichung zu bejahen sein.

1693 Zur hier vertretenen Fahrlässigkeitskonzeption oben N. 355 ff.

1694 Hat sich die Lenker:in pflichtgemäss vorsichtig verhalten und die Gefahr nicht erkannt, so bleibt kein Raum für die Annahme, dass sie die Gefahr hätte erkennen können.

1695 Für eine Lösung über den Schutzzweck der Norm *Roxin/Greco,* AT I5, § 11 N. 84 ff.; ferner *Hardwig,* JZ 1968, 291 f.; *Schlüchter,* JuS 1977, 108; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 369.

zähne gezogen, obwohl sie ihn darauf hingewiesen hatte, dass sie «etwas am Herzen» habe. Die Narkose führte in Verbindung mit dem vorbestehenden Herzleiden zum Tod der Patientin.[1696] Das zuständige Gericht stellte indes fest, dass die Narkoseunverträglichkeit (beziehungsweise deren Ursache) auch bei der gebotenen Konsultation eines Arztes mit hoher Wahrscheinlichkeit unentdeckt geblieben wäre.[1697] Der Erfolg wäre damit letztlich auch bei pflichtgemässem Verhalten eingetreten, er wäre jedoch um die für die medizinischen Abklärungen notwendige Zeit verzögert worden.[1698] *Roxin* will in diesem Fall die objektive Zurechnung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm ausschliessen, weil die Pflicht zur Beiziehung eines Arztes nicht den Zweck habe, eine Verzögerung des Eingriffes zu bewirken und dadurch das Leben des Patienten kurzfristig zu verlängern. Aus diesem Grund habe sich nicht die Gefahr verwirklicht, der das verletzte Sorgfaltsgebot vorbeugen wollte.[1699] Angesichts dessen, dass *Roxin* dabei weder die benannte Pflicht noch deren Zweck aus einer näher bezeichneten Sorgfaltsnorm ableitet,[1700] entsteht der Eindruck, dass hier kasuistische Billigkeitserwägungen mit dem Schutzzweck der Norm begründet werden, weil nicht auf Anhieb klar ersichtlich ist, wie der Fall anderweitig befriedigend gelöst werden kann. Dabei liesse sich der Fall über die Fahrlässigkeit lösen:[1701] Da der Zahnarzt den entscheidenden Risikofaktor, nämlich die Narkoseunverträglichkeit, nicht erkannte und er diesen nach der Feststellung des Gerichts auch beim Befolgen der Kenntnisverschaffungspflicht nicht erkannt hätte, kann hinsichtlich dieses Erfolges keine unbewusste Fahrlässigkeit angenommen werden.[1702]

413 Nach dem Gesagten erscheint der «Schutzzweck der Sorgfaltsnorm» als eigenständiges Zurechnungskriterium weder notwendig noch in irgendeiner Form gewinnbringend – im Gegenteil.[1703] Das Abstellen auf den Schutzzweck

1696 BGH JZ 1967, 449; vgl. dazu auch *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 574; *Schlüchter,* JuS 1977, 108; *Roxin/Greco,* AT I^{5}, §11 N. 84 f.

1697 BGH JZ 1967, 449; vgl. auch *Schlüchter,* JuS 1977, 108; *Degener,* Schutzzweck der Norm, 19.

1698 *Roxin/Greco,* AT I^{5}, §11 N. 84; vgl. *Degener,* Schutzzweck der Norm, 19 m.w.N.

1699 *Roxin,* AT I^{4}, §11 N. 85 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^{5}, §11 N. 85); *Schlüchter,* JuS 1977, 108; für eine Lösung über die Fahrlässigkeit aber *Wessels,* JZ 1967, 452.

1700 Vgl. *Roxin,* AT I^{4}, §11 N. 85 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I^{5}, §11 N. 85).

1701 So auch *Wessels,* JZ 1967, 452.

1702 Zu einem anderen Ergebnis mag man gelangen, wenn man den Fall als Fall der bewussten Fahrlässigkeit ansieht, weil der Zahnarzt immerhin um die Möglichkeit des Vorliegens von Umständen weiss, die eine rechtlich relevante Gefahrschaffung begründen, und bewusst auf die Befolgung der Kenntnisverschaffungspflicht verzichtet. Konsequenterweise müsste man dann davon ausgehen, dass die Verhaltensnorm den Zahnarzt dazu verpflichtet, die bewusst fahrlässige Risikoschaffung zu unterlassen, und dass die Befolgung dieser Pflicht den Erfolg vermieden hätte.

1703 Vgl. *Degener,* Schutzzweck der Norm, 511

der Sorgfaltsnorm verschleiert die eigentlich zurechnungsrelevanten Momente und steht damit der Fundierung und Systematisierung der relevanten Zurechnungskriterien im Wege.[1704] Dies bedeutet freilich nicht, dass Schutzzwecküberlegungen schlechthin verfehlt oder überflüssig seien. Der von *M.L. Müller* formulierte Gedanke, wonach sich im Erfolg diejenige Gefahr verwirklichen müsse, derentwegen das Verhalten verboten war, ist durchaus sinnvoll und richtig. Aus der Richtigkeit dieses Gedankens folgt aber nicht die Notwendigkeit, den Schutzzweck von Sorgfaltsnormen als Fragestellung der objektiven Zurechnung zu behandeln. Nach der hier mit Blick auf die Schaffung eines missbilligten Risikos gebildeten Auffassung kann Sorgfaltsnormen bei der Bestimmung des objektiv verbotenen Verhaltens keine Bedeutung zukommen.[1705] Aus diesem Grund wäre es inkohärent, den Sorgfaltsnormen gewissermassen durch die Hintertür auf der objektiven Tatseite dennoch Geltung zu verschaffen, indem ihr Schutzzweck auf der Stufe der Risikoverwirklichung berücksichtigt würde.

c. Schutzzweck der Sorgfaltsnorm als Gesichtspunkt der Bestimmung der Fahrlässigkeit?

414 Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass auf die Sorgfaltsnormen bezogene Schutzzwecküberlegungen bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit berücksichtigt werden. Soweit gesetzliche Erkenntnis- oder Kenntnisverschaffungspflichten durch risikolimitierende Sorgfaltsvorschriften substituiert werden, lässt sich nicht von der Hand weisen, dass zumindest in Fällen, in denen das Befolgen einer risikolimitierenden Sorgfaltsvorschrift die sich im Erfolg realisierende Gefahrschaffung nur zufällig vermieden hätte, ein Bedarf für einschränkende Korrekturen besteht.[1706]

415 Fraglich ist aber, ob sich die in Zusammenhang mit der Lehre der objektiven Zurechnung angestellten Überlegungen zum Schutzzweck der Sorgfaltsnorm auf die hier vertretene Fahrlässigkeitskonzeption übertragen lassen. Zu beachten ist nämlich, dass oftmals im Dunkeln bleibt, wie die Vertreter:innen der Lehre der objektiven Zurechnung zur Einsicht gelangen, dass ein bestimmter Geschehensablauf nicht vom Schutzzweck einer Sorgfaltsnorm erfasst werde: Es werden zwar durchaus plausible Behauptungen über den Schutzzweck von Sorgfaltsnormen angestellt, diese werden jedoch nur selten fundiert.[1707] Eine ausgearbeitete Methodik zur Bestimmung des Schutzzwecks

1704 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 82 f.

1705 Dazu oben N. 338 ff.; zur Bedeutung von Sorgfaltsvorschriften zur Bestimmung der Fahrlässigkeit, siehe oben N. 362 ff.

1706 Vgl. *Rudolphi,* Jus 1969, 553

1707 Vgl. *Degener,* 511; kritisch auch *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 80 ff.

von Sorgfaltsnormen ist – soweit ersichtlich – von den Vertreter:innen der Lehre der objektiven Zurechnung noch nicht entwickelt worden.[1708]

d. Fazit

416 Überlegungen zum Schutzzweck von Sorgfaltsnormen betreffen nicht die objektive Zurechnung des Erfolges. Der Grund dafür liegt darin, dass Sorgfaltsvorschriften prinzipiell keine Bedeutung für die Bestimmung des Inhaltes des objektiven Tatbestandes von Erfolgsdelikten zukommen kann. Relevanz können Sorgfaltsvorschriften daher nur bei der Bestimmung der unbewussten Fahrlässigkeit entfalten.

3. Pflichtwidrigkeitszusammenhang (Nutzlosigkeit des Rechtmässigen Alternativverhaltens)

417 Nach überwiegender Auffassung ist auf der Stufe der Verwirklichung der sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu prüfen.[1709] Die Bedeutung für die objektive Zurechnung ist zumindest beim Fahrlässigkeitsdelikt praktisch einhellig anerkannt: Die objektive Zurechnung des anlässlich eines Fehlverhaltens eingetretenen Erfolges jedenfalls ist dann auszuschliessen, wenn der Erfolg auch durch das rechtmässige Alternativverhalten herbeigeführt worden wäre.[1710] Nicht abschliessend geklärt ist hingegen, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auch beim Vorsatzdelikt als Erfordernis der objektiven Zurechnung anzuerkennen ist.[1711]

1708 Vgl. aber *Rudolphi,* Jus 1969, 552; *Geth,* 492 und *Frei,* Kausalzusammenhang, 286, die darauf hinweisen, dass der Schutzzweck mit den Mitteln der teleologischen Auslegung zu bestimmen sei.

1709 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 129 ff.; *Frister,* AT[8], 10/31 ff.; *Gropp,* AT[4], § 4 N. 97 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 73 und § 17 N. 47 ff. *Murmann,* GK[5], § 23 N. 101 ff.; *Seher,* Jura 2001, 817 f.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 304 ff.; *Wolter,* Objektive und Personale Zurechnung, 334 ff.; *Vogler,* AJP 2020, 744; seltener wird auch die auf *Engisch,* Kausalität, 61 zurückgehende, aber missverständliche Bezeichnung «Rechtswidrigkeitszusammenhang» verwendet, vgl. etwa *Bock,* AT, 150 und *Ebert/Kühl,* Jura 1979, 571. *Puppe,* AT[4], § 3 N. 1 ff. spricht hingegen von der «Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung»; zurückhaltender zur Bedeutung des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 91; siehe auch S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 99 f.; ablehnend aber *Jakobs,* AT[2], 7/74 ff.

1710 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 129 ff.; *Frister,* AT[8], 10/31 ff.; SK[9]-*Hoyer,* Anh. Zu § 16 N. 67 ff. SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 112 ff.; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 288; *Kaspar,* JuS 2012, 114; *ders.,* AT[2], § 9 N. 49 ff.; *Mitsch,* JuS 2001, 108; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 101 ff.; *Rengier,* AT[11], § 52 N. 26 ff.; *Seelmann/Geth*[6], N. 483 ff. (ebenso *Geth*[7], N. 483 ff.); *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 304; vgl. aber Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel,* AT II[8], § 43 N 123 ff.

1711 Vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130 und *F.-C. Schroeder,* FS Roxin, 36, wonach dieser Zurechnungsgesichtspunkt für Vorsatzdelikte ohne Bedeutung sei. Dies eingestehend *Schünemann,* GA 1999, 219 f.; in diese Richtung auch *Frisch,* FS Roxin, 218; *ders.,* JuS 2011, 23; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 73; *Seelmann/Geth*[6], N. 115 (übereinstimmend *Geth*[7], N. 115).

418 Gestritten wird aber darüber, welche Voraussetzungen hier an den Zurechnungsausschluss zu stellen sind.[1712] Es geht dabei insbesondere um die Frage, mit welcher Sicherheit gesagt werden können muss, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Eintritt des Erfolges verhindert hätte.[1713] Nach der insbesondere von der Rechtsprechung und der in Deutschland herrschenden Lehre favorisierten *Wahrscheinlichkeitstheorie* ist der Erfolg nur zuzurechnen, falls das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg mit grösster Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.[1714] Demgegenüber will die *Risikoerhöhungstheorie* den Erfolg bereits dann zurechnen, wenn das Risiko für das bedrohte Rechtsgut durch das Verhalten der beschuldigten Person im Vergleich zum rechtmässigen Alternativverhalten gesteigert wurde.[1715] Letztere Theorie baut auf dem Gedanken auf, dass, wenn der Gesetzgeber die Eingehung bestimmter Risiken bis zu einem gewissen Grad gestatte, die Zurechnung des Erfolges erst erfolgen könne, wenn das Verhalten der beschuldigten Person eine tatsächliche Steigerung des erlaubten Risikos bedeute. Sei dies aber der Fall, so müsse der Erfolg dem Handelnden zugerechnet werden, und zwar selbst dann, wenn möglicherweise der Erfolg auch bei fehlerfreiem Verhalten eingetreten wäre.[1716] Die Fronten in diesem Streit sind seit Langem festgefahren.[1717] Dies soll aber nicht davon abhalten, die Funktion und Anforderungen dieses Zurechnungskriteriums näher zu beleuchten. Der Blick soll dabei aber nicht auf den Streit zwischen der Risikoerhöhungs- und der Wahrscheinlichkeitstheorie verengt werden. Die Auseinandersetzung mit

1712 Vgl. SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 112.

1713 *Murmann,* GK[5], § 23 N. 107 f.

1714 BGE 130 IV 7 E. 3.2; 135 IV 56 E. 5 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 120 ff.; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 313 f., 326, 339 f.; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 47 und § 13 N. 47; *Seelmann/Geth*[6], N. 484 (entsprechend *Geth*[7], N. 484); in Deutschland wird diese Auffassung als Vermeidbarkeitstheorie bezeichnet, vgl. dazu Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 88 ff.; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 119; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 107 ff.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 47, 153 ff.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 177 ff.; LK[11]-*Schroeder,* § 16 N. 185 ff.; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 366; LK[12]-*Walter,* vor § 13 N. 101 (ebenso LK[13]-*Walter,* vor § 13 N. 101); Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* § 14 N. 83 ff; *Welzel,* Strafracht[11], 136; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 305 ff. und N. 1130 ff.; vgl. auch S/S[30]-*Eisele,* vor 13 N. 99a.

1715 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 135 ff.; *Greco,* ZIS 2011, 674 ff.; *Lackner/Kühl*[29], § 15 N. 44; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 74 und N. 88 ff., *ders,* ZStW 74 (1962), 439 ff.; *ders.,* ZStW 78 (1966), 211; *ders.,* FS Honig, 138 ff; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 66 f.; *ders.* JuS 1969, 554; *Schaffstein,* FS Honig, 171; *Stratenwerth,* FS Gallas, 227, 230; *ders.,* AT I[4] § 9 N. 31; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 8 N. 34; *Walder,* ZBJV 104 (1968), 178 f.; *ders.,* ZStrR 93 (1977), 160 ff.; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 334 ff.; einschränkend *Schünemann,* JA 1975, 651 ff.; strenger hingegen *Spendel,* JuS 1964, 18 f.

1716 So *Roxin,* FS Honig, 138; vgl. auch *ders.,* ZStW 74 (1962), 430 ff.; *ders.,* ZStW 78 (1966), 211.

1717 *Seher,* Zurechnung, 505; *ferner,* Küper, FS Lackner, 284.

dieser Fragestellung setzt nämlich voraus, dass vorab geklärt ist, welches «rechtmässige Alternativverhalten» der Hypothese zugrunde zu legen ist.

a. Hypothetisch erlaubtes oder gebotenes Alternativverhalten?

419 Die Schwierigkeiten in Zusammenhang mit dem Zurechnungsgesichtspunkt der «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» beginnen bereits mit der *Bestimmung des Vergleichsmassstabes,* zumal diese das Ergebnis der Beurteilung erheblich beeinflussen kann.[1718] Als Vergleichsmassstab wird meistens das rechtmässige Alternativverhalten genannt, wobei aber oftmals unklar bleibt, was genau damit gemeint ist.[1719] Stimmt man *Jakobs* Aussage zu, wonach die Normadressat:in beim Begehungsdelikt nicht sorgfältig zu handeln habe, sondern unsorgfältiges Handeln zu unterlassen habe,[1720] so erschiene es naheliegend, das rechtmässige Alternativverhalten stets im Unterlassen der Handlung zu sehen. In vielen Fällen ergibt sich die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens aber nicht bereits dadurch, dass eine Handlung vorgenommen wird, sondern erst aus den Modalitäten der Vornahme der Handlung. So ist etwa das Führen eines Motorfahrzeugs nicht schlechthin untersagt, wohl aber das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit.[1721] In diesen Fällen läge es deshalb nahe, anzunehmen, dass die beschuldigte Person nicht das Fahren an sich unterlassen müsse, sondern jenes Handlungsmoment, das zur Überschreitung der höchstzulässigen Geschwindigkeit führt.[1722]

420 Die Schwierigkeiten bei der Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens lassen sich besonders gut anhand der Unfallverursachung durch eine betrunkenen Lenker:in veranschaulichen.[1723] Denn hier ist nicht ohne Weiteres klar, ob die Vornahme der Handlung oder die Modalität der Vornahme missbilligt ist. Zunächst liesse sich vertreten, dass in der konkreten Situation die einzige erlaubte Handlungsoption darin bestehe, gar nicht Auto zu fahren.[1724] Als Vergleichsmassstab könnte aber auch auf eine nüchterne Auto-

1718 *Seher,* Zurechnung, 506; *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 339 m.w.N.; vgl. auch *Puppe,* AT4, §3 N. 10 ff. und N. 23 ff.; *dies.,* NStZ 1997, 390.

1719 *Seher,* Zurechnung, 505 ff.; siehe aber *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 535 ff.; *Murmann,* GK5, §23 N. 105.

1720 *Jakobs,* FS Lackner, 71; *ders.,* AT2, 9/6 m.w.N., in diese Richtung auch schon *Armin Kaufmann,* ZfRV 1964, 47.

1721 Vgl. zur Teilnahme am motorisierten Strassenverkehr als typisches Beispiel des erlaubten Risikos *Roxin/Greco,* AT I5, §11 N. 66.

1722 In diese Richtung, *Roxin/Greco,* AT I5, §11 N. 102; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 536; kritisch *Jakobs,* FS Lackner, 71 f.

1723 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 506.

1724 So *Puppe,* NStZ 1997, 390.

fahrer:in abgestellt werden, die mit derselben Geschwindigkeit unterwegs ist wie die betrunkene Autofahrer:in.[1725] Das rechtmässige Alternativverhalten wird von der deutschen Rechtsprechung indes auf eine abermals andere Art bestimmt, bei der versucht wird, die Geschwindigkeit zu ermitteln, die unter Berücksichtigung der Trunkenheit der Fahrer:in eine angemessene Reaktionszeit eröffnet hätte.[1726] Die zuletzt genannte Methode zur Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens erweist sich dabei ganz offensichtlich als sinnwidrig, zumal als rechtmässiges Alternativverhalten ein Verhalten bestimmt wird, welches gar nicht rechtmässig ist. Und selbst wenn über diese Unstimmigkeit hinweggesehen würde, bliebe diese Auffassung insofern problematisch, als sie das Fahren in angetrunkenem Zustand in eine Überschreitung der (situativ) zulässigen Höchstgeschwindigkeit umdeutet.

421 Die Feststellung, dass beide verbleibenden Massstäbe für die Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhalten prinzipiell vertretbar erscheinen, ist insofern unbefriedigend, als das Ergebnis je nach Massstab unterschiedlich ausfallen dürfte: Wird auf das Unterlassen der Autofahrt abgestellt, so dürfte der Pflichtwidrigkeitszusammenhang stets zu bejahen sein. Wird hingegen die «nüchterne» Autofahrer:in eingesetzt, so besteht immerhin die Möglichkeit, dass – insbesondere bei Anwendung der Wahrscheinlichkeitstheorie – der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen ist.[1727] Es gilt daher näher zu untersuchen, inwiefern sich die Bestimmung des hypothetischen Alternativverhaltens auf die Funktion des Zurechnungskriteriums auswirkt.

aa) Das gebotene Alternativverhalten (Unterlassung des gefährlichen Verhaltens)

422 Erblickt man das rechtmässige Alternativverhalten in dem von der dem Tatbestand zugrundeliegenden Verhaltensnorm gebotenen Verhalten, so wäre beim Begehungsdelikt auf das Unterlassen des rechtsgutsgefährdenden Ver-

1725 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 102. Wollte man auf die nüchterne Autofahrer:in abstellen, müsste aber wohl der als Massfigur dienenden Autofahrer:in nicht komplette Nüchternheit zugeschrieben wird, sondern die noch zulässige Blutalkoholkonzentration. Nach Art. 1 der Verordnung der Bundesversammlung über Alkoholgrenzwerte im Strassenverkehr (SR 741.13) müsste deshalb von einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 ‰ ausgegangen werden. Vorbehalten bleibt Art. 2a Abs. 1 der Verkehrsregelverordnung (SR 741.11).

1726 BGHSt 24, 31; BayObLG, NStZ 1997, 388; kritisch *Puppe,* NStZ 1997, 390; vgl. auch *dies.* AT[4], § 3 N. 23 ff.

1727 Zu dieser Problematik *Seher,* Zurechnung, 506; ferner *Puppe,* AT[4], § 3 N. 10 ff. und N. 23 ff., *dies.*, NStZ 1997, 390.

haltens abzustellen.[1728] Beim Unterlassungsdelikt hingegen kommt der Frage, ob das gebotene Verhalten den Erfolgseintritt verhindert hätte, bekanntlich durchaus eine tragende Bedeutung bei der Erfolgszurechnung zu.[1729]

423 Fraglich ist indes, ob dieser Zurechnungsgesichtspunkt bei Zugrundelegung der Unterlassung des rechtsgutsgefährdenden Verhaltens als rechtmässiges Alternativverhalten überhaupt jemals zum Ausschluss der objektiven Zurechnung führen würde. Wird nämlich zur Prüfung der natürlichen Kausalität die *conditio sine qua non*-Formel angewendet, wie dies in der Schweiz üblich ist, so wird man bereits festgestellt haben, dass das Verhalten der beschuldigten Person nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele.[1730] Bekanntlich gibt es zwar einige Problemfälle, bei denen Schwierigkeiten bestehen, die natürliche Kausalität anhand der *conditio sine qua non*-Formel zu bejahen.[1731] Zu denken ist hier etwa an Fälle von alternativer Kausalität (z.B. Gremienentscheide), bei denen die Ursächlichkeit des Verhaltens der beschuldigten Person für den Eintritt des Erfolges aber mit der Formel von der gesetzmässigen Bedingung durchaus bejaht werden kann.[1732] Ob es jedoch Sinn ergibt, gerade in diesen Fällen einen Zurechnungsausschluss anzunehmen, bei denen, um zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen, viel Scharfsinn für die Begründung der Kausalität aufgewendet wurde,[1733] erscheint zweifelhaft.[1734] Dass sich die einzelne Person eines Gremiums nicht darauf berufen kann, dass ihre Stimme keinen Unterschied gemacht hätte, kann damit begründet werden, dass das Bereitstehen von Ersatztätern nach einhelliger Auffassung für die objektive Zurechnung irrelevant ist.[1735]

424 An dieser Stelle ist jedoch daran zu erinnern, dass bereits auf der Stufe der Schaffung eines missbilligten Risikos Fälle identifiziert wurden, in denen der Ausschluss der Zurechnung unter den Gesichtspunkten des Rechtsgüter-

1728 *Jakobs,* FS Lackner, 71; *ders.,* AT², 9/5: «Der Täter hat beim Begehungsdelikt nicht sorgfältig zu handeln, sondern unsorgfältiges Handeln zu unterlassen»; siehe auch *Puppe,* NStZ 1997, 390.

1729 Zur hypothetisch bestimmten «Kausalität» beim Unterlassungsdelikt *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 35; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT⁷, 250 ff. Zur Bedeutung der objektiven Zurechnung beim Unterlassungsdelikt bereits *Honig,* FS Frank, 198.

1730 Vgl. dazu nur BGE 116 IV 306 E. 2; weniger klar hingegen BGE 135 IV 56 E. 2 ff.

1731 Dazu *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 11 ff.; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* § 10 N. 24 ff., N. 30 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*⁴⁹, N. 238 ff.

1732 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* § 10 N. 32.

1733 Zu den Modifikationen der *conditio sine qua non*-Formel *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 12 f. und 19.

1734 Siehe dazu auch *Murmann,* GK⁵, § 23 N. 114 m.w.N.

1735 *Roxin* AT I⁴, § 11 N. 58 ff.; *Kühl,* AT⁸, § 4 N. 80; S/S-*Eisele,* Vor § 13 N. 98; SK⁶-*Rudolphi,* vor § 1 N. 60 f.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 137 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT⁶, § 8 N. 42.

schutzes mangels Risikoerhöhung als zweckmässig angesehen wird.[1736] Zu denken ist hierbei beispielsweise an den sog. Weichenstellerfall.[1737] Der Zurechnungsausschluss ist demnach auf Fälle zu beschränken, in denen die beschuldigte Person eine bereits bestehende Gefahr, die auch ohne das Verhalten der beschuldigten Person zum Eintritt des Erfolges geführt hätte, durch ihr Verhalten lediglich unwesentlich modifiziert.[1738] Nicht auszuschliessen wäre die Zurechnung hingegen dann, wenn die beschuldigte Person eine bestehende Gefahr durch eine völlig andere ersetzt.[1739] Angesichts dessen, dass beim Weichenstellerfall bereits die Schaffung eines missbilligten Risikos verneint wird, ist fraglich, ob ein Zurechnungsgesichtspunkt, der im Wesentlichen auf dieselbe Hypothese abstellt, auf der Stufe der Risikoverwirklichung überhaupt eine eigenständige Bedeutung haben kann.

425 Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass beim Übergang von der Stufe der Risikoschaffung zu jener der Risikoverwirklichung ein Wechsel der Beurteilungsperspektive stattfindet,[1740] so wäre allenfalls zu prüfen, ob die *ex ante* bejahte Risikoerhöhung auch *ex post,* also unter Berücksichtigung nachträglich bekannt gewordener Umstände, noch als Risikoerhöhung erscheint.[1741] Dies könnte beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Weichenstellerfall dahingehend modifiziert wird, dass das Hindernis, auf das die Lokomotive zunächst zusteuert, im Vergleich zu jenem auf dem zweiten Geleis, auf das die Lokomotive umgelenkt wird, *ex ante* weniger (oder gar nicht) tödlich erscheint, sich aber *ex post* herausstellt, dass der Eintritt des Erfolges auf beiden Gleisen gleichsam unvermeidbar war. Ist aus der Position der handelnden Person nicht zu erkennen, dass das ursprüngliche Geleis auch verschüttet ist, so müsste die Umleitung auf das erkennbar verschüttete Geleis *ex ante* konsequenterweise als Risikoerhöhung beurteilt werden.[1742] Auf der Stufe der Risikoverwirklichung bliebe daher festzustellen, dass sich die *ex ante* angenommene Risikoerhöhung nicht im Erfolg niedergeschlagen hat, weil objektiv gar keine Risikoerhöhung gegeben war.[1743] Würde bereits die Schaffung eines missbilligten Risikos hingegen objektiv, d.h. unter Berücksichtigung aller im Tatzeitpunkt gegebenen Umstände, beurteilt, so wäre in diesem Fall bereits

1736 *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 61; ablehnend aber *Jakobs,* AT^2, 7/90 f.

1737 Vgl. *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 98; *Roxin/Greco,* AT I5, § 11 N. 61; zu diesem Fall bereits oben N. 282.

1738 *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 53 ff.

1739 Dazu bereits oben N. 283.

1740 Vgl. *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 131 f.

1741 *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 74.

1742 An dieser Konsequenz zweifelnd *Armin Kaufmann,* FS Jescheck, 260.

1743 In diesem Sinn *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 74.

die Risikoerhöhung zu verneinen, weshalb kein Anlass bestünde, auf der Stufe der Risikoverwirklichung auf diese Fragestellung zurückzukommen.

426 Auf den ersten Blick läge es hingegen anders, wenn die Gefahr auf dem ursprünglichen Geleis zwar erkannt wird, die Umleitung aber noch eine weitere Gefahr einer Erfolgsherbeiführung schafft, beispielsweise jene, dass der Zug durch das Umstellen der Weiche entgleist und daraufhin einen Abhang hinunterzustürzen droht. Zerschellt der Zug nun auf dem zweiten Gleis am Geröll, das auch das erste Geleis verschüttet hat, so ist die Umleitung gleichwohl als Risikoschaffung zu bewerten, weil die handelnde Person durch ihr Verhalten nicht nur eine bestehende Gefahr modifiziert, sondern zugleich ein ganz anderes Risiko schafft. Weil der Zug aber am Geröll zerschellt, hat sich das Risiko einer Entgleisung *ex post* nicht verwirklicht. Der Hypothese des gebotenen Alternativverhaltens kommt in diesem Fall auf der Stufe der Risikoverwirklichung aber gar keine eigenständige Bedeutung zu, weil diese Feststellung bereits beim Kriterium des Risikozusammenhanges getroffen werden kann. Dies gilt unabhängig davon, ob die Schaffung eines missbilligten Risikos anhand des Massstabs der h.M. oder objektiv beurteilt wird.

427 Aus dem Gesagten wird deutlich, dass die «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» beim Begehungsdelikt auf der Stufe der Risikoverwirklichung keine eigenständige Bedeutung haben kann, sofern das rechtmässige Alternativverhalten in dem von der tatbestandlichen Verbotsnorm geforderten Verhalten, also dem Unterlassen der Tatbegehung, gesehen wird.[1744] Wird die Schaffung eines missbilligten Risikos mit der h.M. aus der objektivierten *ex ante*-Perspektive beurteilt, so kann die Bildung einer auf dem gebotenen Alternativverhalten beruhenden Hypothese beim Begehungsdelikt bestenfalls ein Hilfsmittel zur Beurteilung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs darstellen. Bei einer objektiven Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos erweist sich dieses Hilfsmittel auf der Stufe der Risikoverwirklichung aber schlicht als überflüssig.

bb) Das sorgfaltsgemässes Alternativverhalten

428 In der Literatur wird unter dem rechtmässigen Alternativverhalten üblicherweise ein sorgfaltsgemässes Alternativverhalten verstanden; es wird also geprüft, ob der Erfolg auch bei sorgfalts- oder pflichtgemässem Verhalten eingetreten wäre.[1745] So wird etwa im Ziegenhaarfall, bei dem der Inhaber

---

1744 Vgl. *Jakobs*, AT², 9/6: «Der Täter hat beim Begehungsdelikt nicht sorgfältig zu handeln, sondern unsorgfältiges Handeln zu unterlassen.»

1745 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele*, §10 N. 91; *Gropp*, AT⁴, §4 N. 97; *Jescheck/Weigend*, AT⁵, 289; *Kühl*, AT⁸, §17 N. 47 ff.; *Murmann*, GK⁵, §23 N. 102; *Seelmann/Geth*⁶, N. 483 (ebenso *Geth*⁷, N. 484); *Vogler*, AJP 2020, 744; *Wessels/Beulke/Satzger*⁴⁹, N. 304.

einer Pinselfabrik nicht desinfizierte Ziegenhaare an seine Angestellten weitergab, die in der Folge an Milzbrand erkrankten und starben,[1746] geprüft, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn er die Ziegenhaare vorschriftsgemäss desinfiziert hätte.[1747] Im sog. Radfahrerfall, in dem ein Lastwagenfahrer einen betrunkenen Radfahrer mit ungenügendem Seitenabstand überholte, woraufhin dieser während des Überholvorganges stürzte und vom Lastwagen überrollt wurde,[1748] wird danach gefragt, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Lastwagenfahrer den nach § 5 Abs. 4 D-StVO vorgeschriebenen Mindestabstand von anderthalb Metern eingehalten hätte.[1749] In der Literatur wird teilweise erwogen, dass der Erfolg *nicht vermeidbar* gewesen sei, sofern auch der hypothetische Geschehensverlauf, bei dem auf das pflichtgemässe Verhalten abgestellt wird, den Erfolg herbeigeführt hätte.[1750] Andere Stimmen betonen hingegen, dass es bei diesem Zurechnungsgesichtspunkt um die Frage gehe, ob sich *gerade das spezifisch missbilligte Risiko im Erfolg realisiert* habe.[1751]

429 Das erstgenannte Verständnis entspricht der aus der vorherrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik herrührenden Überlegung, dass der auf einer Sorgfaltspflichtverletzung beruhende Fahrlässigkeitsvorwurf voraussetzt, dass der Eintritt bei sorgfaltsgemässem Verhalten hätte vermieden werden können.[1752] Diese Überlegung findet sich bereits in der finalistischen Fahrlässigkeitsdogmatik, die ihrerseits an Überlegungen von *Engisch* anknüpfte.[1753] Das zweitgenannte Verständnis geht hingegen, beruhend auf dem Gedanken des erlaubten Risikos, davon aus, dass die mit der sorgfaltsgemässen Ausübung verbundenen Risiken zu tolerieren sind und insofern bereits objektiv nicht missbilligt werden.[1754] Aus diesem Grund muss bei einer Überschreitung des

1746 Siehe RGSt 63, 211 f.

1747 *Roxin,* ZStW 74 (1962), 432, 437 f.; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 74.

1748 BGHSt 11, 1 ff.

1749 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 88 ff.; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 101 ff. Zu beachten ist, dass das schweizerische Strassenverkehrsrecht eine entsprechende Regelung, die einen bestimmten Mindestabstand vorschreibt, nicht kennt.

1750 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 88; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 102; vgl. auch *Haas,* GA 2015, 93.

1751 *Bock,* AT, 151; *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 534 f.; *ders.,* JuS 2011, 206; SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu § 16 N. 66; *Lackner/Kühl*[29], § 15 N. 41; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 100; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 174; kritisch *Puppe,* FS Frisch, 451 ff.; *Küper,* FS Lackner, 254 f.

1752 BGE 121 IV 286 E. 3; 130 IV 7 E. 3.2; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 365; *Hurtado Pozo,* N. 1386 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 10; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[4] 269.

1753 *Welzel,* Strafrecht[11], 136; *Engisch,* Untersuchungen, 362; *ders.,* Kausalität, 66 f.

1754 Vgl. *Murmann,* GK[5], § 23 N. 100; in diese Richtung auch *Roxin* AT I[4] N. 74.

erlaubten Risikos festgestellt werden, ob sich im Erfolg gerade das spezifisch missbilligte Risiko niedergeschlagen hat, das über das erlaubte Risiko hinausgeht.[1755] Diese zwei Deutungen können sich freilich überschneiden, weil das Erfordernis der Überschreitung des erlaubten Risikos oftmals mit in den Sorgfaltsbegriff einfliesst.[1756]

430 Unterschiede hinsichtlich der Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens können sich in Fällen ergeben, in denen die beschuldigte Person nicht zu einem sorgfaltsgemässen Verhalten in der Lage war, wie beispielsweise im Ausgangsfall, in dem die angetrunkene Lenker:in einen Verkehrsunfall verursacht hat.[1757] Steht nun die Vermeidbarkeit im Vordergrund, so erschiene es zweifelhaft anzunehmen, die angetrunkene Lenker:in hätte den Erfolg nicht vermeiden können, weil und soweit eine nüchterne Lenker:in den Erfolg in derselben Verkehrssituation möglicherweise auch nicht hätte vermeiden können – obwohl der Erfolg mit Sicherheit ausgeblieben wäre, wenn sie auf die Trunkenheitsfahrt verzichtet hätte.[1758] Der Grund hierfür liegt darin, dass in der Situation der angetrunkenen Lenker:in das nüchterne Fahren keine zur Verfügung stehende Handlungsoption war, sie also gar nicht zur sorgfaltsgemässen Ausführung der Tätigkeit in der Lage war, weshalb von ihr in der konkreten Situation nur die Unterlassung des sorgfaltswidrigen Verhaltens verlangt werden kann.[1759] Will man hingegen wissen, ob sich im Erfolg ein allgemein erlaubtes Risiko niedergeschlagen hat oder ob der Erfolgseintritt gerade auf die Übertretung des erlaubten Risikos zurückzuführen ist, so muss gefragt werden, ob auch eine nüchterne Lenker:in in der fraglichen Situation den Erfolg nicht hätte vermeiden können.[1760] Abzustellen ist bei dieser Auffassung auf eine modifizierte Variante des Verhaltens der beschuldigten Person, bei der gerade diejenigen Momente weggedacht werden, derentwegen das Verhalten missbilligt war.[1761] Im Kontext der Lehre der objektiven Zurechnung erscheint dieses zweite Verständnis

1755 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 529 ff., 534 f.; *Roxin/Greco,* AT I^{5}, § 11 N. 74; *Murmann,* GK^{4}, § 23 N. 100.

1756 Dazu bereits oben N. 321 ff. und N. 351 ff.

1757 Zu diesem Fall, oben N. 420 f.

1758 *Puppe,* NStZ 1997, 390; AT^{4}, § 3 N.

1759 *Puppe,* NStZ 1997, 390;

1760 So etwa *Murmann,* GK^{5}, § 23 N. 105.

1761 Dazu *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 535 ff., der zutreffend darauf hinweist, dass als rechtmässiges Alternativverhalten nur die «*rechtmässige Ausformung* des vom Täter gewollten und tatsächlich praktizierten Handlungstyps» in Betracht komme und nicht irgendein beliebiges Verhalten.

passender.[1762] Das erstgenannte Verständnis des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges ist hingegen auf eine fahrlässigkeitsspezifische Feststellung gemünzt. Dass an dieser Stelle das zweitgenannte Verständnis weiter untersucht wird, schliesst freilich nicht aus, dass dem erstgenannten Verständnis im Kontext der Fahrlässigkeit eine eigenständige Bedeutung zukommt.[1763]

431 Zu beachten ist aber, dass auch bei der Auffassung, die auf das erlaubte Risiko abstellen will, Schwierigkeiten hinsichtlich der Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens auftreten können. Die Hypothese lässt sich nämlich vor allem dann sinnvoll bilden, wenn das sorgfaltsgemässe Alternativverhalten einigermassen klar definierbar ist.[1764] Daran dürfte es bei Verhaltensweisen fehlen, die derart krass von jeglichem sorgfaltsgemässem Verhalten abweichen, dass eine sorgfaltsgemässe Ausprägung des entsprechenden «Handlungstyps» nicht denkbar ist.[1765] Hierbei ist etwa an die Schussabgabe auf einen Menschen oder aber an die Abgabe von «Freudenschüssen» inmitten einer Menschenmenge zu denken. Eine sorgfaltsgemässe Vornahme dieser Handlungen ist kaum denkbar, ohne die Handlungen zu einem völlig anderen Handlungstyp umzudeuten. Die Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhalten setzt also voraus, dass das Verhalten der beschuldigten Person einem rechtlich an sich zulässigen Handlungstyp zugeordnet werden kann. Ist dies möglich, so ist es für die Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens hilfreich, wenn eine Sorgfaltsnorm existiert, die das sorgfaltsgemässe Verhalten vorgibt. So lässt sich im Radfahrerfall die Hypothese gerade deshalb bilden, weil § 5 Abs. 4 StVO klar vorgibt, dass beim Überholen von Radfahrer:innen ein Mindestabstand von 1,5 Meter eingehalten werden muss.[1766] In der Schweiz existiert hingegen keine entsprechende Regelung.[1767] Politische Vorstösse, die die Einführung eines solchen Mindestabstandes

1762 In diese Richtung *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 74; ferner *Frisch,* JuS 2011, 206; *ders.,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 529 ff.

1763 Dafür, dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ein fahrlässigkeitsspezifisches Kriterium und nicht ein allgemeines Kriterium der objektiven Zurechnung ist, könnte die Tatsache sprechen, dass zumindest einige Autor:innen dieses Kriterium vor allem im Zusammenhang mit der Fahrlässigkeit erörtern. Vgl. dazu *Seelmann/Geth*[6], N. 477 (ebenso *Geth*[7], N. 477); *Jescheck/Weigend,* AT[5], 288 f.; *Krey/Esser,* AT[6], N. 329 und N. 1354; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 73 f. und § 17 N. 47 ff.; vgl. auch *F.-C. Schroeder,* FS Roxin, 36 und *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 130.

1764 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 536

1765 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 536 f.; im Ergebnis auch *Puppe,* JuS 1982, 664.

1766 § 5 Abs. 4 StVO: «[…] Beim Überholen mit Kraftfahrzeugen von zu Fuß Gehenden, Rad Fahrenden und Elektrokleinstfahrzeug Führenden beträgt der ausreichende Seitenabstand innerorts mindestens 1,5 m und außerorts mindestens 2 m. […]»

1767 Art. 35 Abs. 4 SVG besagt lediglich: «Wer überholt, muss auf die übrigen Strassenbenützer, namentlich auf jene, die er überholen will, besonders Rücksicht nehmen.»

fordern, wurden vom Bundesrat bislang mit der Begründung abgelehnt, die «geltende Regelung, welche denjenigen, der überholt, zu besonderer Rücksicht auf jene verpflichtet, die er überholen will», sei ausreichend.[1768] Worin genau das rechtmässige Alternativverhalten bei einem dem Radfahrerfall entsprechenden Überholvorgang in der Schweiz bestanden hätte, bleibt damit zunächst unklar. Solche Schwierigkeiten können sich auch ergeben, wenn eine Sorgfaltsvorschrift zwar ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, es aber bereits im Zeitpunkt der Ausführung klar erkennbar ist, dass in der konkreten Situation das vorschriftsgemässe Verhalten eine erhebliche Gefahr schafft.[1769] Übersteigt nämlich das vorschriftsgemässe Verhalten erkennbar das typischerweise bei Regeleinhaltung verbleibende Restrisiko, so ist das vorschriftsgemässe Verhalten in diesem Fall gerade nicht mehr sorgfaltsgemäss und kann daher auch nicht im Bereich des erlaubten Risikos liegen.[1770] Im Radfahrerfall kann die Frage, ob der Erfolg auch bei Einhaltung des vorgeschriebenen Mindestabstand eingetreten wäre, nicht massgeblich sein, wenn der Lastwagenfahrer die Trunkenheit des Radfahrers erkannt hätte.[1771]

432 Angesichts dessen, dass nach verbreiteter Auffassung das erlaubte Risiko mit Blick auf den Einzelfall danach konkretisiert wird, wie sich die vernünftige und besonnene Massfigur in der Situation der beschuldigten Person verhalten hätte,[1772] könnte dieses hypothetische Verhalten der Massfigur auch zur Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens herbeigezogen werden. Weil das der vernünftigen und besonnenen Massfigur zuzuschreibende Verhalten derart ausgestaltet sein müsste, dass dadurch gerade keine Gefahr für Dritte geschaffen wird, dürfte von einer «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» nur in Situationen auszugehen sein, in denen die Gefahr zumindest auch auf Umständen beruht, die der Massfigur in der Situation *ex ante* nicht bekannt sein konnten.[1773] Mit Blick auf den Radfahrerfall bedeutet dies, dass ein Ausschluss der Zurechnung auch bei einer Ausrichtung des rechtmässigen Alternativverhaltens am hypothetischen Verhalten einer vernünftigen und besonnenen Massfigur nur dann in Betracht kommen dürfte, wenn ihr die Trunkenheit des Radfahrers nicht

1768 Siehe Interpellation Aebischer vom 04.12.2017, 17.4011; Motion Cattaneo vom 14.12.2018, 18.4409.

1769 Vgl. *Struensee,* GA 1987, 99; *Haas,* SB Zurechnung, 209.

1770 Dazu bereits oben N. 340 f.

1771 *Haas,* SB Zurechnung, 209; ähnlich bereits *Struensee,* GA 1987, 99.

1772 Dazu bereits oben N. 324 ff.

1773 Vgl. *Struensee,* GA 1987, 99.

bekannt sein konnte.[1774] War die Trunkenheit nämlich erkennbar, so müsste die Massfigur entweder ganz auf das Überholen verzichten, sofern der Überholvorgang nicht sicher durchgeführt werden könnte, oder sie müsste einen derart grossen Sicherheitsabstand wahren, dass ein Unfall höchst unwahrscheinlich erscheint.[1775] Dann aber wird man – sofern keine weiteren risikoerhöhenden Umstände gegeben waren – ebenfalls zum Ergebnis gelangen müssen, dass dieses rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg mit grosser Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.

433 Die Möglichkeit eines Zurechnungsausschlusses aufgrund der «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» besteht daher letztlich nur, wenn bei der Bestimmung des rechtmässigen Alternativverhaltens diejenigen Umstände, die die besondere Gefährlichkeit der Situation begründen, zumindest zum Teil ausgeblendet werden.[1776] Dies gilt unabhängig davon, ob das rechtmässige Alternativverhalten an einer Sorgfaltsvorschrift ausgerichtet wird oder nicht. Ein solches Ausblenden objektiv gegebener Umstände ist aber nur möglich, wenn das erlaubte Risiko mit der herrschenden Meinung anhand eines objektivierten *ex ante*-Massstabes beurteilt wird.[1777] Wird das erlaubte Risiko hingegen mit dem hier favorisierten Massstab tatsächlich objektiv beurteilt, so besteht kein Raum für einen Ausschluss der objektiven Zurechnung. Der sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang erweist sich daher *beim Begehungsdelikt nicht als Kriterium der objektiven Zurechnung des Erfolges*. Die Bildung von Hypothesen ist vielmehr ein zur Bestimmung der *unbewussten Fahrlässigkeit* anzuwendendes methodisches Hilfsmittel.[1778]

b. Risikoerhöhungs- oder Wahrscheinlichkeitstheorie?

434 Nach dem Gesagten ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang kein Kriterium der objektiven Zurechnung. Ob der tatbestandsmässige Erfolg auch bei «rechtmässigem Alternativverhalten» eingetreten wäre, ist für die objektive Zurechnung des Erfolges beim Begehungsdelikt unerheblich.[1779] Dies soll

1774 *Struensee,* GA 1987, 99.

1775 Anders aber *Jakobs,* FS Lackner, 72 f., der moniert, dass in der Hypothese die Einhaltung eines ordnungsgemässen Seitenabstandes unabhängig davon fingiert werde, ob ein solcher Überholvorgang unter den gegebenen Umständen überhaupt möglich gewesen wäre.

1776 Kritisch *Haas,* SB Zurechnung, 209; so schon *Struensee,* GA 1987, 99 und *Arzt,* GS Schlüchter, 165.

1777 Kritisch *Struensee,* GA 1987, 99.

1778 Dazu oben N. 362 ff.

1779 In diese Richtung auch *Jakobs,* AT², 7/74 ff.

uns aber nicht davon abhalten, näher auf die an sich müssigen Streitigkeiten zwischen der Risikoerhöhungs- und der Wahrscheinlichkeitstheorie einzugehen. Der Streit zwischen der Risikoerhöhungstheorie und der Wahrscheinlichkeitstheorie betrifft nämlich letztlich nicht nur die objektive Zurechnung beim Begehungsdelikt, sondern auch die Erfolgszurechnung beim Unterlassungsdelikt oder aber die Bildung von Hypothesen zur Beurteilung der unbewussten Fahrlässigkeit.[1780]

435 Der Einfachheit und Verständlichkeit halber wird nachfolgend mit der h.M. davon ausgegangen, dass es ein bei der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften objektiv erlaubtes Risiko gebe und dementsprechend auch der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ein Kriterium der objektiven Zurechnung des Erfolges sei.

aa) Der Streit zwischen der Risikoerhöhungs- und Wahrscheinlichkeitstheorie als Streit über den Umgang mit Beweisschwierigkeiten?

436 Mit Blick auf die nachfolgende Auseinandersetzung mit der Risikoerhöhungs- und der Wahrscheinlichkeitstheorie sind zunächst einige ganz grundlegende logische Überlegungen anzustellen:[1781] Wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sich auch das rechtmässige Alternativverhalten im Erfolg verwirklicht hätte, dann kann auch mit Sicherheit gesagt werden, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg nicht verhindert hätte. Und wenn mit Sicherheit gesagt werden kann, dass sich das rechtmässige Alternativverhalten nicht im Erfolg verwirklicht hätte, so kann auch mit Sicherheit gesagt werden, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg verhindert hätte. Wird das Kriterium des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs also unter der Annahme formuliert, dass die notwendigen Feststellungen mit Sicherheit getroffen werden können, so lässt sich das Kriterium auf zwei Arten ausdrücken, ohne dass sich dadurch sein Gehalt ändert:

— *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist zu verneinen, wenn auch das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg verwirklicht hätte.*
— *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist zu bejahen, wenn das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg verhindert hätte.*

437 Die unterschiedlichen Formulierungen drücken also letztlich ein und dasselbe Kriterium aus. Dies ändert sich aber schlagartig, wenn man die Beweisanforderungen in das Kriterium miteinfliessen lässt, indem man angibt, mit

1780 Zur Bedeutung von Hypothesen für die Bestimmung der unbewussten Fahrlässigkeit siehe oben N. 362 ff.

1781 Die nachfolgenden Gedanken verdanke ich *Martino Mona*.

welcher Wahrscheinlichkeit die entsprechenden Feststellungen getroffen werden können müssen. Die modifizierten Sätze geben nunmehr unterschiedliche Anforderungen an den Pflichtwidrigkeitszusammenhang wieder:

— *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist zu verneinen, wenn auch das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg mit grösster Wahrscheinlichkeit verwirklicht hätte.*
— *Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist zu bejahen, wenn das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg mit grösster Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.*

438 Die im ersten modifizierten Satz genannten Anforderungen an den Pflichtwidrigkeitszusammenhang entsprechen im Ergebnis jenen der Risikoerhöhungstheorie.[1782] Im zweiten Satz werden hingegen die von der Wahrscheinlichkeitstheorie vertretenen Anforderungen an den Pflichtwidrigkeitszusammenhang benannt.[1783] Ausgehend von diesen Feststellungen liesse sich der Streit zwischen der Wahrscheinlichkeitstheorie und der Risikoerhöhungstheorie im Grund ganz einfach dadurch auflösen, dass bei der Formulierung des Kriteriums des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges darauf verzichtet wird, irgendwelche Beweisanforderungen vorzuschreiben. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass die Gerichte unter Berücksichtigung des *in dubio pro reo*-Grundsatzes in der Regel im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie entscheiden würden.[1784] Doch ganz so einfach ist es nicht.

bb) Der Streit zwischen der Risikoerhöhungs- und der Wahrscheinlichkeitstheorie über die materiellen Voraussetzungen der Erfolgszurechnung?

439 Dem Vorwurf, die Risikoerhöhungstheorie verstosse gegen den *in dubio pro reo*-Grundsatz,[1785] begegnen die Vertreter der Risikoerhöhungstheorie nämlich mit dem Argument, dass der *in dubio pro reo*-Grundsatz erst eingreife,

1782 Vgl. SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu § 16 N. 81.

1783 BGE 130 IV 7 E. 3.2; 135 IV 56 E. 5 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 120 ff.; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 313 f., 326, 339 f.; *Riklin,* AT[3], § 16 N. 47 und § 13 N. 47; *Seelmann/Geth*[6], N. 484 (ebenso *Geth*[7], N. 484); in Deutschland wird diese Auffassung als Vermeidbarkeitstheorie bezeichnet, vgl. dazu Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 88 ff.; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 119; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 107 ff.; *Samson,* Hypothetische Kausalverläufe, 47, 153 ff.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 177 ff.; LK[11]-*Schroeder,* § 16 N. 185 ff.; *Ulsenheimer,* JZ 1969, 366; LK[12]-*Walter,* vor § 13 N. 101 (ebenso LK[13]-*Walter,* vor § 13 N. 101); Baumann/Weber/Mitsch[11]-*Weber,* § 14 N. 83 ff; *Welzel,* Strafracht[11], 136; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 305 ff. und N. 1130 ff.; vgl. auch S/S[30]-*Eisele,* vor 13 N. 99a.

1784 Siehe etwa BGE 130 IV 7 E. 3.2; 135 IV 56 E. 5

1785 So Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 90; MK[3]-*Freund,* vor § 13 N. 311 f. (so auch MK[4]-*Freund,* vor § 13 N. 311 f.); SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 119; vgl. aber SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu § 16 N. 74 ff.

wenn nicht aufgeklärt werden könne, ob das Fehlverhalten der beschuldigten Person das Risiko tatsächlich über das erlaubte Mass hinaus gesteigert habe.[1786] Damit bekunden sie, dass sie den Streit zwischen der Wahrscheinlichkeits- und der Risikoerhöhungstheorie nicht als Streit über Beweisanforderungen, sondern über die materiellen Voraussetzungen des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges ansehen. Die Vertreter:innen der Risikoerhöhungstheorie stellen sich also auf den Standpunkt, dass das objektive Kriterium des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bereits in der Risikoerhöhung zu sehen sei und gerade nicht vorausgesetzt werde, dass das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg vermieden hätte.[1787] Weil es bei diesem Streit um die objektiven Zurechnungsvoraussetzungen und nicht um Beweisanforderungen gehe, könne der Streit nicht mit dem Hinweis auf *in dubio pro reo* aufgelöst werden.[1788]

440 Begründet wird die der Risikoerhöhungstheorie zugrundeliegende Annahme, dass die Zurechnung des Erfolges objektiv alleine eine Risikoerhöhung voraussetze, mit der kriminalpolitischen Erwägung, dass die Einhaltung von Sorgfaltsnormen durchzusetzen sei.[1789] So führt etwa *Roxin* aus, dass der Gesetzgeber auch dort auf der Befolgung der Sorgfaltsnorm bestehen müsse, «wo ihre Einhaltung zwar die Chance der Rechtsgutsbewahrung deutlich erhöht, aber nicht mit absoluter Sicherheit gewährleistet».[1790] Der Gedanke dahinter ist durchaus einleuchtend und kriminalpolitisch sinnvoll: Ein Arzt soll bei einer Risikooperation nicht deshalb leichtsinnig arbeiten dürfen, weil auch die kunstgerechte Vornahme einer riskanten Operation das Überleben des Patienten nicht garantiert.[1791] Ebenfalls berechtigt erscheint es, mit *Schünemann* zu fragen, «ob die *ex ante* formulierte Norm auch auf der Grundlage des *ex post* Wissens noch als ein sinnvolles, das Erfolgsrisiko reduzierendes Verbot anerkannt werden kann».[1792] Wenn nämlich die Verhaltensnorm *ex post* nicht mehr als sinnvolle Verhaltensanweisung erscheint,

1786 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 143 ff.; *Küper,* FS Lackner, 268 f.; *Lackner/Kühl*[29], § 15 N. 44; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 179; *Stratenwerth,* FS Gallas, 231 ff. Vgl. ferner *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 276.

1787 Vgl. SK-*Hoyer,* Anh. Zu § 16 N. 74. In diese Richtung schon *Roxin,* FS Honig, 138; vgl. auch *ders.,* ZStW 74 (1962), 430 ff.; *ders.,* ZStW 78 (1966), 211; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 89.

1788 Vgl. *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 539 und *Murmann,* GK[5], § 23 N. 110.

1789 Vgl. *Roxin,* FS Honig, 138; vgl. auch *ders.,* ZStW 74 (1962), 430 ff.; *ders.,* ZStW 78 (1966), 211; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 91; ferner *Schünemann,* JA 1975, 652; *ders.,* GA 1999, 226; SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu § 16 N. 79; *Walder,* ZBJV 104 (1968), 178 f. *ders.,* ZStrR 93 (1977), 160 ff.; kritisch dazu *Schneider,* Normanerkennung, 277 f. und *Seher,* Zurechnung, 508.

1790 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 91 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 91).

1791 *Seher,* Zurechnung, 508; vgl. auch BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 121.

1792 *Schünemann,* JA 1975, 652; ders., GA 1999, 226.

so ist fraglich, ob der beschuldigten Person ihr Verhalten überhaupt als Normverstoss zugerechnet werden soll.[1793] Problematisch an der Risikoerhöhungstheorie ist aber, dass diese an sich berechtigten Anliegen mit der Erfolgszurechnung verknüpft werden. Daraus, dass eine *ex ante* formulierte Norm auch *ex post* als sinnvolles Verbot erscheint, muss nämlich keineswegs zwingend folgen, dass deswegen auch der Erfolg zuzurechnen ist.[1794] Auch das Anliegen, Sorgfaltsnormen durchzusetzen, vermag keine zwingende Begründung für die Risikoerhöhungstheorie zu liefern – im Gegenteil. Denn einerseits ist es höchst fraglich, ob sich eine «sozialpädagogische Demonstrationsfunktion» dadurch erzielen lässt, dass man in denjenigen Fällen bestraft, in denen sich der Erfolg nicht überzeugend auf eine Sorgfaltswidrigkeit zurückführen lässt.[1795] Und andererseits läuft es auf einen Missbrauch von Erfolgsdelikten hinaus, wenn diese zur Durchsetzung von Sorgfaltsnormen eingesetzt werden.[1796] Will der Gesetzgeber die Geltung von Sorgfaltsnormen bestärken, so steht es ihm frei, ihre Missachtung mit Strafe zu bedrohen. Tut er dies aber nicht, so darf eine (erfolgsbedingte) Bestrafung für einen Sorgfaltsverstoss nicht über die «Hintertür einer Risikoerhöhungstheorie» eingeführt werden.[1797] In Anbetracht dieser Einwände ist die Risikoerhöhungstheorie als Massstab für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang abzulehnen.

441 Sie vermag sich auch nicht mit dem Hinweis zu retten, dass das sich das «entscheidungserhebliche Verhalten des Opfers» wegen dessen Willensfreiheit als prinzipiell unaufklärbarer Tatumstand darstelle, weshalb in gewissen Fällen gar nicht ermittelt werden könne, ob das rechtmässige Alternativverhalten den Erfolg verhindert hätte oder nicht.[1798] Das bekannteste Beispiel eines solchen Falles ist der Radfahrerfall,[1799] bei dem lediglich erstellt werden konnte, dass der Lastwagenfahrer einen alkoholisierten Radfahrer ohne hinreichenden Seitenabstand überholt hatte und dass dem Radfahrer dabei ein tödlicher Fahrfehler unterlief. Ungeklärt blieb aber, ob dem Rad-

1793 Vgl. hierzu *Seher,* FS Frisch, 220; *ders.,* Zurechnung, 508; vgl. auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 534 mit Hinweis auf LK[11]-*Jescheck,* vor § 13 N. 63 und SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 67.

1794 *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 541 f.

1795 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 534; vgl. aber Walder, ZBJV 1968, 178 f.

1796 *Seher,* Zurechnung, 508 f.: «Das Ansinnen, etwa §§ 222 und 229 StGB zur Durchsetzung von Sorgfaltsnormen einzusetzen, ist *sachfremd,* denn diese Tatbestände schützen Menschen vor Schädigungen, nicht Sorgfaltsnormen gegen Missachtung.» Vgl. auch *ders.,* Jura 2001, 818.

1797 *Seher,* Zurechnung, 509

1798 SK[9]-*Hoyer,* Anh. zu § 16 N. 77; *Stratenwerth,* FS Gallas, 233.

1799 BGHSt 11, 1.

fahrer auch bei Einhaltung des vorgeschriebenen Seitenabstandes ein Fahrfehler mit den gleichen Folgen unterlaufen wäre.[1800] Die Risikoerhöhungstheorie hält den Grundsatz *in dubio pro reo* aufgrund der behaupteten, prinzipiellen Unaufklärbarkeit des Sachverhaltes in diesem Fall für nicht anwendbar[1801] und gelangt mit der Feststellung, dass «die Chance des Erfolgseintritts durch das unkorrekte Täterverhalten gegenüber dem erlaubten Risiko erhöht worden ist», zur Zurechnung des Erfolgs.[1802] *Jakobs* weist aber zu Recht darauf hin, dass die «behauptete Prinzipielle der Unaufklärbarkeit» kein Grund sei, einen Zweifel *contra reum* wirken zu lassen.[1803] Die Bejahung der objektiven Zurechnung mit der Risikoerhöhungstheorie würde in denjenigen Fällen, in denen die Risikoerhöhungstheorie eine prinzipielle Unaufklärbarkeit des hypothetischen Geschehensablaufes behauptet, nämlich bedeuten, dass die beschuldigte Person eigentlich gar nicht dafür haftet, dass sie durch die Missachtung einer Sorgfaltsnorm das Risiko für das bedrohte Rechtsgut erhöht habe – denn bei prinzipieller Unaufklärbarkeit des hypothetischen Geschehensablaufes könnte diese Feststellung gar nicht getroffen werden.[1804] Der eigentliche Grund für die strafrechtliche Haftung für den Erfolgseintritt bestünde vielmehr darin, dass die beschuldigte Person anlässlich einer Missachtung einer Sorgfaltsnorm einen Geschehensablauf mitverursacht hat, bei dem die rechtlich relevanten Umstände nicht zweifelsfrei geklärt werden können. Eben dies liefe auf eine unzulässige *versari in re illicita* hinaus.[1805] Richtigerweise ist deshalb, bei der Bildung von Hypothesen auf die Wahrscheinlichkeitstheorie abzustellen.

c. Ergebnis

442 Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, dass *der sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Begehungsdelikt kein Kriterium der objektiven Zurechnung ist.* Geht man mit der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften nicht bereits die objektive Schaffung

---

1800 BGHSt 11, 1; vgl. auch *Seher,* Zurechnung, 509 und *Murmann,* GK⁵, §23 N. 111

1801 Stratenwerth, FS Gallas, 227 ff. und 233; SK⁹-*Hoyer,* Anh. zu §16 N. 77 f.; in diese Richtung auch *Puppe,* ZStW 95 (1983), 287 ff.; kritisch hingegen *Jakobs,* AT², 7/101.

1802 *Roxin,* ZStW 74 (1962), 431 f.; kritisch *Seher,* Zurechnung, 509, der darauf hinweist, dass die Risikoerhöhungstheorie beim Radfahrerfall selbst aufgrund ihrer eigenen Methodik mit grösseren Schwierigkeiten zu kämpfen habe, als sie offenlege. Bezieht man nämlich die Tatsache, dass der Fahrradfahrer schwer betrunken war, in die Beurteilung mit ein, so erscheint es höchst fraglich, ob die Wahrscheinlichkeit eines Unfalles durch das sorgfaltswidrige Verhalten überhaupt noch erhöht wurde.

1803 *Jakobs,* AT², 7/101.

1804 *Seher,* Zurechnung, 509.

1805 *Timpe,* JR 2017, 63; SK⁹-*Jäger,* vor §1 N. 120 f.

eines missbilligten Risikos ausschliesst, sondern erst auf der subjektiven Tatseite bei der Bestimmung der unbewussten Fahrlässigkeit zum Tragen kommt, so kann auch die Frage, ob der Erfolg bei der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften vermieden worden wäre, nicht Kriterium der objektiven Zurechnung des Erfolges sein.

C. Fazit

443 Die Untersuchung der auf der Stufe der Verwirklichung des Risikos diskutierten Zurechnungsgesichtspunkte hat gezeigt, dass der «Eintritt des Erfolges ausserhalb des Schutzzwecks der Sorgfaltsnorm» und die «Nutzlosigkeit des rechtmässigen Alternativverhaltens» beim Begehungsdelikt keine Kriterien der objektiven Zurechnung des Erfolges sind. Für die normative Verknüpfung zwischen der missbilligten Risikoschaffung und dem eingetretenen Erfolg ist einzig der Risikozusammenhang massgeblich. Entscheidend ist demnach, ob sich im eingetretenen Erfolg gerade jene Gefahr verwirklicht hat, derentwegen das Verhalten als missbilligte Risikoschaffung qualifiziert wurde.[1806]

III. Reichweite des Tatbestandes

A. Vorbemerkungen zur «Reichweite des Tatbestandes»

444 Nach der Grundformel der Lehre von der objektiven Zurechnung ist die objektive Zurechenbarkeit im Grunde gegeben, wenn die Täter:in ein unerlaubtes Risiko geschaffen hat und sich dieses im Erfolg verwirklicht.[1807] *Roxin* weist jedoch darauf hin, dass die Einsicht an Boden gewinne, dass die objektive Zurechnung des Erfolges noch an der Reichweite des Tatbestandes scheitern könne.[1808] Die auf dieser Wertungsstufe der Lehre der objektiven Zurechnung diskutierten Zurechnungskriterien beruhen nach *Roxin* auf Überlegungen zum Schutzzweck der Tatbestandsnorm.[1809] Im jüngeren Schrifttum

1806 Dazu oben N. 393 ff.

1807 Zur Grundformel oben N. 18 ff.; zu den soweit erstellten Anforderungen an die missbilligte Risikoschaffung, oben N. 376 ff.; zu den Anforderungen an die Risikoverwirklichung, oben N. 443.

1808 *Roxin,* AT I^4, §11 N. 106 und N. 87 Fn. 184, wonach er der terminologischen Klarheit halber nunmehr den Terminus «Reichweite des Tatbestandes» anstelle des «Schutzzwecks des Tatbestandes» verwende (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 106 und N. 87 mit Fn. 269). Zum Schutzzweck des Tatbestandes auch *ders.,* FS Gallas, 242 ff.; vgl. auch *Schünemann,* JA 1975, 720.

1809 *Roxin* AT I^4, §11 N. 106 und N. 87 Fn. 184 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 106 und N. 87 mit Fn. 269)

wird im Zusammenhang mit den nachfolgend diskutierten Zurechnungsgesichtspunkten aber zunehmend das sog. Verantwortlichkeitsprinzip als Sachgrund für die Verneinung der objektiven Zurechnung angesehen.[1810] Dieses Prinzip besagt im Wesentlichen, dass jede Person grundsätzlich nur für ihr eigenes Verhalten und nicht auch für das Verhalten freiverantwortlich handelnder Drittpersonen verantwortlich sei.[1811]

445 Die Gründe für den Zurechnungsausschluss, die unter dem Titel der Reichweite des Tatbestandes, bzw. dem Verantwortlichkeitsprinzip diskutiert werden, sollen sowohl bei Vorsatz- als auch bei Fahrlässigkeitsdelikten zur Anwendung gelangen.[1812] Zu beachten ist aber, dass diese Gesichtspunkte der objektiven Zurechnung beim Vorsatzdelikt teilweise durch die Beteiligungslehre überlagert werden.[1813] Anders liegt es hingegen beim Fahrlässigkeitsdelikt, bei dem nach fast einhelliger Auffassung noch immer von einem (extensiven) Einheitstäterbegriff auszugehen ist,[1814] nach dem nicht zwischen Täter-

1810 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 102; S/S[30]-*ders.,* vor §13 N. 92b und 101; ders., FS Kühl, 167 f.; *Otto,* GK[7], §6 N. 49; vom Eigenverantwortungsprinzip spricht *Kindhäuser,* LPK[7], vor §13 N. 118; *ders.,* AT[8], §11 N. 23; *Kretschmer,* Jura 2000, 275; *Kühl,* AT[8], §4 N. 84; für ein Selbstverantwortlichkeitsprinzip *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 1 ff., 19 ff.; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 78 ff.; zur allmählichen Verdrängung des Schutzzweckgedankens durch das Verantwortlichkeitsprinzip *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 65

1811 *Otto,* Grundkurs, §6 N. 49; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 102; S/S[30]-*Eisele,* vor §13 N. 92b und 101; *ders.,* FS Kühl, 167 f.; *Lenckner,* FS Engisch, 506 f.; *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 19 ff.; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 78 ff.; kritisch *Block,* Atypische Kausalverläufe 113.

1812 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 106.

1813 *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 176 ff.; *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 293 ff. und 304.

1814 *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 48; BSK[4]-*Forster,* vor Art. 24 N. 21 ff. und Art. 24 N. 7; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9] 370; *Heierli,* Vertrauensprinzip, 74; *C. Huber,* Mittelbare Täterschaft, 293; *Hurtado Pozo,* N .1408 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 160 f.; *Nydegger,* Zurechnungsfragen der Anstiftung, 65; *Riklin,* AT[3], §18 N. 18; *Stratenwerth,* AT I[4], §16 N. 48 f.; im Ergebnis auch BGE 105 IV 330; 135 IV 56; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 211; ebenso die in Deutschland vorherrschende Lehre: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §12 N. 73 und §26 N. 76, 96; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 624; *Böhringer,* fahrlässige Mittäterschaft, 280 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 648 ff.; MK[3]-*Duttge,* §15 N. 216 (ebenso MK[4]-*Duttge,* §15 N. 216); *Gallas,* Athen-Beiheft ZStW (1957), 19; *Herzberg,* Täterschaft und Teilnahme, 99 f.; *Jakobs,* AT[2], 21/111; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 646 und 655; *Hilgendorf/Valerius,* AT[2], §9 N. 5 und §12 N. 44; *Kaspar,* AT[2], §9 N. 67 f.; *ders.,* JuS 2012, 116; *Kindhäuser,* AT[8], §38 N. 55 ff.; *Krey/Esser,* AT[6], N. 786; *Kühl,* AT[8], §20 N. 5 mit Fn. 4a und N. 10; *Mitsch,* JuS 2001, 105; *Murmann,* GK[5], §30 N. 2; *ders.,* FS Puppe, 772; NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 179; *dies.,* GA 2009, 490 ff.; *dies.,* JR 2012, 167; *Rengier,* AT[11], §52 N. 57 ff; *Rotsch,* Einheitstäterschaft, 197 ff. *Roxin,* AT II, §25 N. 8 f. und N. 239 ff.; LK[11]-*ders.,* §25 N. 217 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §15 N. 76; in diese Richtung auch *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 1105; vgl. aber LK[12]-*Schünemann,* §25 N. 215 ff.; kritisch insb. *Diel,* Regressverbot, 316 ff. *Otto,* JuS 1974, 705; *ders.,* Jura 1987, 258; *ders.,* Jura 1990, 48 f.; *ders.,* GK[7], §21 N. 109 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 150 f.,122, 259; *ders.,* HRRS 2009, 348; *Häring,* Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 113 ff.; *ders.,* sui-generis 2018, 5; *Sánchez Lázaro,* Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 15 ff.

schaft und Teilnahme unterschieden werden kann. Vielmehr soll prinzipiell jede sorgfaltswidrige Herbeiführung des Erfolges eine fahrlässige Täterschaft begründen.[1815] Mit dem Verantwortlichkeitsprinzip wird also versucht, über die Lehre von der objektiven Zurechnung Korrekturen am Einheitstäterbegriff vorzunehmen, wodurch der Einheitstäterbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt im Ergebnis dem restriktiven, auf die Tatherrschaft abstellenden Tatbegriff beim Vorsatzdelikt angenähert wird.[1816] Damit stellt sich aber die Frage, ob und inwiefern den nachfolgend dargestellten Zurechnungsgesichtspunkten beim Vorsatzdelikt neben der «Täterschaftslehre» überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt und in welchem Verhältnis die Zurechnungsgesichtspunkte zu den Kriterien der Tatherrschaftslehre stehen.[1817]

B. Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und einvernehmliche Fremdgefährdung

1. Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung

446 Die Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist in der Literatur mittlerweile fast einhellig anerkannt.[1818] Nicht abschliessend geklärt sind aber beinahe alle Einzelfragen in Zusammenhang mit diesem Zurechnungsgesichtspunkt. Die Diskussion über Inhalt und Grenzen der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wird dabei zusätzlich dadurch verkompliziert, dass bisweilen zwischen der Mitwirkung

1815 *Roxin,* AT II, § 25 N. 8.

1816 Kritisch hierzu *Renzikowski,* HRRS 2009, 348, wonach etwa die Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung auf der Grundlage eines extensiven Täterbegriffes nicht plausibel vollzogen werden könne. Vgl. auch *Arzt,* FS Geppert, 14; *Donatsch,* ZStrR 105 (1988), 375 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 160 f.; *Puppe,* GA 2009, 493, die im Gegensatz zu Renzikowski den Einheitstäterbegriff aber befürworten.

1817 Dazu unten N. 530 ff.

1818 Vgl. etwa *Bock,* AT, 140 ff; *Bringewat,* Grundbegriffe[3], N. 353; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 103 ff.; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 100 ff.; *ders.,* JuS 2012, 577 ff.; *ders.,* FS Kühl, 163 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT, N. 164; *Gropp,* AT[4], § 4 N. 101 ff.; *Fischer*[65], vor § 13 N. 36; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 156 ff., 225 ff.; *ders.,* JuS 2011, 119 f.; SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 139 ff.; *ders.,* AT[8]; § 2 N. 45 ff.; *Kaspar,* JuS 2012, 113; *ders.,* AT[2], § 5 N. 94 ff.; *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 118 ff.; *ders.,* AT[8], § 11 N. 22 ff.; *Kretschmer,* Jura 2000, 275; *Krey/Esser,* AT[6], N. 355 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 83 ff. *Lackner/Kühl*[29], vor § 13 N. 13/14 ; *Murmann,* Selbstverantwortung, 315 ff.; *ders.,* GK[5], § 23 N. 70 f., 72 ff.; *Nestler,* Jura 2019, 1053 f.; *Otto,* GK[7], § 6 N. 61 ff.; *ders.,* FS Tröndle,175; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 77 ff.; *Roxin,* FS Galls, 244 ff.; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 107 ff.; *Rudolphi,* JuS 1969, 556 f.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 164 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 269 ff.; in diese Richtung auch *Seelmann/Geth*[6], N. 490 (ebenso *Geth*[7], N. 490); für eine Lösung über die Sorgfaltswidrigkeit *Donatsch,* ZStrR 108 (1988), 377 ff.; NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 182 ff.; vgl. ferner BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 12 N. 130, die die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bei der Rechtswidrigkeit verorten.

an der Selbst*verletzung* und Mitwirkung an der Selbst*gefährdung* unterschieden wird.[1819] Von einer Selbstverletzung wird gesprochen, wenn das Opfer die Verletzung willentlich herbeiführt, eine Selbstgefährdung soll hingegen vorliegen, wenn das Verhalten des Opfers nicht auf die Herbeiführung des Erfolges gerichtet war.[1820] Entscheidend für die Straflosigkeit des Mitwirkenden ist jeweils, dass das Opfer eigenverantwortlich handelt. Ob und inwieweit bei der Selbstverletzung und der Selbstgefährdung hinsichtlich der Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit auf dieselben Massstäbe abgestellt werden kann, wird an gegebener Stelle zu erörtern sein.[1821]

a. Begründung der Straflosigkeit

aa) Das Teilnahmeargument

447 Das vom BGH entwickelte sog. *Teilnahmeargument* baut zur Begründung der fahrlässigen Mitwirkung an der Selbstschädigung auf der Feststellung auf, dass, wer mit Gehilfenvorsatz den Tod einer sich suizidierenden Person mitverursache, nicht bestraft werden könne, weil der Suizid keine Straftat sei. Aus Gründen der Gerechtigkeit verbiete es sich dann erst recht, diejenige Person zu bestrafen, die nur fahrlässig eine Ursache für den Tod der sich suizidierenden Person setzt.[1822] Diese «nahezu zwingende» Argumentation wurde dann von *Roxin* mittels eines weiteren Erst-recht-Schlusses auf die Mitwirkung an der Selbstgefährdung übertragen: Wenn bereits die Mitwirkung an der Selbstverletzung straffrei sei, so müsse dies auch für die Mitwirkung an der blossen Selbstgefährdung gelten.[1823] Diese auf einem doppelten Erst-recht-Schluss aufbauende Begründung der Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wurde sodann auch von der Rechtsprechung übernommen.[1824]

1819 Dazu eingehend, *Murmann,* Selbstverantwortung, 379 ff.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 53. Nach *Otto,* FS Tröndle, 169 ist die Unterscheidung zwischen Schädigungs- und Gefährdungssituationen zumindest im Bereich der Fremdschädigung und Fremdgefährdung «gesetzlich vorgegeben». Kritisch zur Unterscheidung *Degener,* Schutzzweck der Norm, 339 mit Fn. 839.

1820 Vgl. *Eisele,* JuS 2012, 578; eingehend *Murmann,* Selbstverantwortung, 381 f.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 32 f., 53 vgl. auch *Puppe,* JZ 2011, 911 und *Eisele,* JuS 2012, 578, wonach von Gefährdungsfällen vor allem im Zusammenhang mit Fahrlässigkeitsdelikten gesprochen werde, obwohl auch hier letztlich ein Erfolg eintrete.

1821 Dazu unten N. 457 ff.

1822 BGHST 32, 342 ff.; dazu *Roxin,* FS Gallas, 244; eingehend zur Entwicklung der Rechtsprechung *Matthes-Wegfraß,* Eigenverantwortung und Mitverantwortung, 22 ff.

1823 *Roxin,* FS Gallas, 244 ff., insb. 246; *ders.,* AT I⁴, §11 N. 107.

1824 BGH NStZ 1981, 350; BGH NStZ 1983, 72; BGH NJW 2003, 2326 (2327) m.w.N.; BGHSt 46, 279, 288 f.; BGHSt 49, 34, 39; vgl. auch BGE 125 IV 189 E. 3a; BGE 131 IV 1 E. 3.3.

448 In der Literatur stiess das Teilnahmeargument jedoch bald auf erhebliche Kritik,[1825] obwohl das Ergebnis mehrheitlich für richtig gehalten wurde.[1826] Kritisiert wurde insbesondere, dass die Straflosigkeit mit dem Teilnahmeargument nicht normativ begründet werde, sondern rein formal, indem sie lediglich an die Regelung der Teilnahme im positiven Recht anknüpfe.[1827] Doch selbst die formale Richtigkeit des Teilnahmeargumentes wird bestritten, zumal sie voraussetzt, dass die Fahrlässigkeit im Verhältnis zum Vorsatz als *minus* angesehen wird, was jedoch keineswegs allgemein anerkannt ist.[1828] Ferner wird kritisiert, dass eine Übertragung der Regeln über die Teilnahme auf das Fahrlässigkeitsdelikt im Widerspruch zu dem bei der Fahrlässigkeit (vermeintlich) geltenden Einheitstäterbegriff stehe.[1829] Abgelehnt wird teilweise auch der Schluss von der Mitwirkung an der Selbstschädigung auf die Mitwirkung an der Selbstgefährdung, weil die Gefährdung gegenüber der Schädigung unter den entscheidenden Gesichtspunkten kein *minus,* sondern ein *maius* darstelle.[1830] Nach *Puppe* kann die Mitwirkung an einer Selbstschädigung deswegen kein Unrecht sein, weil der sich selbst Schädigende vollständig über sein Rechtsgut disponiere. Bei der Selbstgefährdung sei dies jedoch nicht der Fall, weil das Ziel der Handlung gerade nicht in der Schädigung des Rechtsgutes liege, weshalb darin auch keine Disposition über das Rechtsgut gesehen werden könne.[1831] Vom Mitwirkenden werde die

1825 *Degener,* Schutzzweck der Norm, 291 ff.; *Murmann,* Selbstverantwortung, 314 ff.; *Neumann,* JuS 1985, 677 ff.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 6 ff.

1826 Siehe dazu die Nachweise oben N. 446 Fn. 1805; zumindest ein gewisses Wohlwollen gegenüber dem Teilnahmeargument haben die nachfolgenden Autor:innen geäussert: *Roxin,* FS Gallas, 246; ferner *Beulke,* FS Otto, 211; *Bottke,* Suizid und Strafrecht, 57 und 270; *Dölling,* FS Maiwald, 119; *Krey/Esser,* AT[6], N. 359; *Kühl,* Jura 2010, 81.

1827 *Murmann,* Selbstverantwortung, 318; ferner *Menrath,* Einwilligung in das Risiko, 28; zur Kritik, wonach das Teilnahmeargument «durch und durch positivistisch» sei, *Geilen,* JZ 1974, 145.

1828 Nach der in Deutschland herrschenden Auffassung wird zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ein *aliud*-Verhältnis angenommen, vgl. dazu MK[3]-*Duttge,* § 15 N. 101 ff., insb. N. 104 (ebenso MK[4]-*Duttge,* § 15 N. 101 ff.); Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 12 N. 3; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 563; *Roxin,* AT I[4], § 24 N. 79 f.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* § 15 N. 3; LK[12]-*Vogel,* § 15 N. 13 f. (LK[13]-*Vogel/Bülte,* § 15 N. 13 f.); anders aber NK[5]-*Puppe,* § 15 N. 5; vgl. ferner *Freund/Rostalski,* AT[3], § 7 N. 35 ff.

1829 Vgl. dazu *Menrath,* Einwilligung in das Risiko, 33 f.; so schon *Puppe* , ZIS 2007, 249; kritisch zur Unterscheidung von Beteiligungsrollen NK[5]-*dies.*, vor § 13 N. 178; vgl. auch *Renzikowski,* HRRS 2009, 350.

1830 Puppe, GA 2009, 490; NK[5]-*dies.*, vor § 13 N. 183; ferner *Donatsch,* ZStrR 105 (1988), 376; *Eicker,* recht 2009, 150; *Herzberg,* FS Puppe, 500; *Jäger,* Zurechnung und Rechtfertigung, 11; *Matthes-Wegfrass,* Eigenverantwortung und Mitverantwortung, 50 ff.; *Renzikowski,* Täterschaft, 195; vgl. auch *Frisch,* NStZ 1992, 5; *Murmann,* FS Puppe, 769 ff.; *Stratenwerth,* FS Puppe, 1020; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 53. Mit Blick auf die Fremdschädigung und -gefährdung auch *Radtke,* FS Puppe 840 f.

1831 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 183; *dies.*, GA 2009, 490.

Einhaltung von Sorgfaltspflichten verlangt, damit sich das Risiko nicht verwirkliche.[1832] Ob diese Schlussfolgerung von *Puppe* zutrifft, ist wiederum fraglich.

449 Der gewichtigste Einwand gegen das Teilnahmeargument besteht jedoch darin, dass es den eigentlichen Grund für die Straflosigkeit des Mitwirkenden stillschweigend voraussetzt: Damit das Verhalten des Mitwirkenden lediglich eine straflose Teilnahme an der Selbstverletzung oder -schädigung sein kann, muss das Opfer eigenverantwortlich gehandelt haben. Sobald dies nämlich nicht der Fall ist, erscheint die Mitwirkung am selbstschädigenden Verhalten nicht mehr als blosse Teilnahme, sondern allenfalls als mittelbare Täterschaft.[1833] Auf diese entscheidende Frage geht jedoch die deutsche Rechtsprechung nicht ein, wenn sie alleine von äusserlich untergeordneten Tatbeiträgen auf eine blosse Teilnahme schliesst.[1834]

bb) Schutzzweck der Tatbestandsnorm

450 Bei *Roxin* stützt sich die Begründung des Zurechnungsausschlusses bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung indes nicht direkt auf das Teilnahmeargument, sie wird vielmehr aus dem vom Gesetzgeber festgelegten *Schutzzweck der Tatbestandsnorm* abgeleitet.[1835] Ausgangspunkt dieser Lösung bildet der Gedanke, dass sich der Schutzzweck der Tatbestandsnorm nicht auf die (eigenverantwortliche) Verletzung eigener Rechtsgüter erstrecke.[1836] Denn solange niemand gegen seinen Willen gefährdet wird, bestehe kein Grund, die Handlungsfreiheit der Beteiligten einzuschränken.[1837] Wenn also die Selbstverletzung der Rechtsgutsträger:in nicht unter den Schutzbereich der Tatbestandsnorm falle, müsse dies umso mehr auch für denjenigen gelten, der an der Selbstverletzung bloss mitwirke.[1838] Die Schutzzwecklösung wird auch vom Bundesgericht und Teilen der Schweizer Literatur (teil-

1832 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 183; *dies.*, GA 2009, 490.

1833 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 4 f.; *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko 36 f.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 63; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 6 f.

1834 *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 36; vgl. ferner *Duttge,* FS Otto, 239.

1835 *Roxin,* FS Gallas, 266; ders., AT I[4], §11 N. 107 ff.; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 89; *Eicker,* recht 2009, 146; *Jetzer,* Einverständliche Selbstgefährdung, N. 50 und N. 57; *Rudolphi,* JuS 1969, 556 f.; *Seelmann/Geth*[6], N. 490 (ebenso *Geth*[7], N. 490); kritisch aber *Murmann,* Selbstverantwortung, 392.

1836 *Roxin,* FS Gallas, 245; ders., AT I[4], §11 N. 107 f.; ferner *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 89; *Eicker,* recht 2009, 146; *Rudolphi,* JuS 1969, 556 f.; *Seelmann/Geth*[6], N. 490 (ebenso *Geth*[7], N. 490).

1837 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 107 Fn. 230 dem folgend BGE 131 IV 1 E. 3.3.

1838 *Rudolphi,* JuS 1969, 556 f.; *Roxin,* FS Gallas, 245; *ders.*, AT I[4], §11 N. 107 f.; ähnlich BGE 134 IV 149 E. 4.5; ferner *Eicker,* recht 2009, 145 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 50 und 57.

weise unter Miteinbezug des Teilnahmearguments) vertreten.[1839] Zu beachten ist jedoch, dass der Schutzzweck der Tatbestandsnorm noch nicht die eigentliche materiale Begründung für die Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist.[1840] Zu einer materialen Begründung gelangt man erst, wenn die Begrenzung des Schutzzwecks der Norm aus dem Recht der Rechtsgutsträger:in auf einen selbstbestimmten Umgang mit ihren eigenen Rechtsgütern, bzw. der Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgutsträger:in beim selbstbestimmten Umgang mit ihren eigenen Rechtsgütern, hergeleitet wird.[1841]

cc) *Verantwortlichkeitsprinzip (auch Eigenverantwortlichkeits-, Selbstverantwortlichkeits- oder Autonomieprinzip)*

451 Wie bereits erwähnt, wird in jüngerer Zeit das *Verantwortlichkeitsprinzip* zunehmend als eigenständiges Zurechnungskriterium (bei Fahrlässigkeitsdelikten) anerkannt.[1842] Das Prinzip besagt, dass «jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten hat, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber – weil dies nämlich in deren eigene ‹Zuständigkeit› fällt – auch darauf, dass andere dies nicht tun».[1843] Gemeint ist damit, dass jede Person prinzipiell nur dafür zuständig ist, die unmittelbare Verletzung fremder Rechtsgüter zu vermeiden.[1844] Für die unmittelbare Herbeiführung eines Erfolges durch die sich autonom selbst gefährdende Person ist die bloss mittelbar mitwirkende Person hingegen grundsätzlich nicht verantwortlich.[1845] Nun ergeben sich aber bereits aus dem Verantwortungsprinzip gewisse Verschiebungen des Verantwortlichkeitsbereichs.[1846] So erstreckt sich die Zuständigkeit auch auf die mittelbare Herbeiführung des Erfolges, soweit derjenigen Person, die den Erfolg unmittelbar herbeiführt, die Fähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln abgeht.[1847] Für die Mitwirkung an der

1839 BGE 134 IV 149 E. 4.5; BGE 131 IV 1 E. 3.3 mit Hinweis auf *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 107; vgl. ferner *Eicker,* recht 2009, 145 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 50 f.

1840 Kritisch auch *Frisch,* NStZ 1992, 5 f.

1841 Vgl. etwa *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 89; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 57.

1842 *Otto,* GK[7], § 6 N. 49; ferner Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 102; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 92b und 101; *ders.,* FS Kühl, 167 f.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 84; *Lenckner,* FS Engisch, 506 f.; Schumann, Selbstverantwortung, 19 ff.; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 78 ff.; kritisch *Block,* Atypische Kausalverläufe, 113.

1843 *Lenckner,* FS Engisch, 506 f.; S/S[30]-Eisele vor § 13 N. 101; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 102; *ders.* FS Kühl, 167 f.; *ders.,* JuS 2012,

1844 *Eisele,* FS Kühl, 167 f.; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101a.

1845 *Lenckner,* FS Engisch, 506 f.; *Eisele,* FS Kühl, 167 f.; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101a.

1846 S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101c ff.

1847 S/S[30]-*Eisele* vor § 13 N. 101 d.

Selbstschädigung oder -gefährdung bedeutet dies deshalb, dass ein Zurechnungsausschluss nur in Frage kommt, wenn das Opfer tatsächlich eigenverantwortlich gehandelt hat.[1848]

452 Das Verantwortlichkeitsprinzip wird auf ganz unterschiedliche Weise begründet.[1849] Rechtsphilosophische Begründungsansätze knüpfen oftmals an *Kants* kategorischen Imperativ an, aus dem ein gegenseitiges Anerkennungsverhältnis abgeleitet wird, das den rechtlichen Zustand unter Vernünftigen kennzeichnet.[1850] Ferner wird auf das «Menschenbild» der Verfassung Bezug genommen.[1851] *Murmann* weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass sich – entgegen *Schumann*[1852] – nicht die Rechtsordnung für ein bestimmtes Menschenbild entscheide, sondern die Anerkennung der Menschenwürde und der Autonomie des Individuums der Rechtsordnung als tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung vorausgehe.[1853] Ohne das «Bild» des zur Selbstbestimmung befähigten Individuums wäre die in modernen Staatstheorien verankerte Vorstellung eines Gesellschaftsvertrages gar nicht denkbar.[1854] Dies schliesst freilich nicht aus, dass die Anerkennung der Autonomie des einzelnen Individuums auch positivrechtlich verankert ist. Gegen diese Begründung wird nun aber der positivistische Einwand erhoben, dass zweifelhaft sei, ob aus dem der Verfassung zugrundeliegenden Bild eines verantwortungsfähigen Menschen per se auf einen der Verfassung entnommenen, die Haftung anderer ausschliessenden Selbstverantwortungsgrundsatz geschlossen werden könne.[1855] Stattdessen wird gefordert, dass die Abschichtung von Verant-

1848 S/S[30]-*Eisele,* vor §13 N. 101d.

1849 Eingehend zur rechtsphilosophischen Begründung *Murmann,* Selbstverantwortung, 159 ff.; aus der Perspektive der Beteiligungslehre auch *ders.,* Nebentäterschaft, 160 f.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 19 ff.; *Diel,* Regressverbot, 280 ff.

1850 *Murmann,* Selbstverantwortung, 193 ff., 196 ff.; *ders.,* Nebentäterschaft, 168 ff.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 19 ff.; ferner *Diel,* Regressverbot, 287 f., die auch auf *Hegel,* Grundlinien, §35 und §36 Bezug nimmt; vgl. auch *Ohly,* Volenti non fit iniuria, 66 ff.

1851 Eingehend *Murmann,* Selbstverantwortung, 216 ff.; das Menschenbild referierend auch *Derksen,* Handeln auf eigene Gefahr, 137; *Fiedler,* Fremdgefährdung, 119; *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 22 f.; *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 1; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 79 ff.

1852 *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 1; ähnlich auch *Fiedler,* Fremdgefährdung, 119 und *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 373, der von einer «allgemeinen Zuschreibung von Autonomie an den Bürger» spricht.

1853 *Murmann,* Selbstverantwortung, 216 ff.; *ders.,* Nebentäterschaft, 248; für die Autonomie als Kern der Legitimation von Staatlichkeit und Recht *Tenthoff,* Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 19 f. und *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 11.

1854 *Tenthoff,* Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, 19 f. und *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 11.

1855 *Lotz,* Fremdschädigung, 176; *Gimbernat Ordeig,* FS Wolter, 393 f.; *Luzón Peña,* GA 2011, 302; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 80 f.

wortlichkeitsbereichen als verfassungsrechtliche Ausprägung eines Abwägungsvorgangs zweier Grundfreiheiten aufgefasst werde.[1856] Dabei wird aber verkannt, dass Selbstbestimmung und Selbstverantwortung untrennbar miteinander verknüpft sind, sie gewissermassen die Kehrseiten ein und derselben Medaille darstellen.[1857] Die Negation der Selbstverantwortlichkeit führt daher notwendig auch zur Entwertung der Selbstbestimmung.[1858] Dies gilt jedoch nicht nur in einem abstrakten Sinn, sondern hat auch handfeste Konsequenzen: Ohne Anerkennung der Selbstverantwortung werden auch die Möglichkeiten zur Ausübung der Selbstbestimmung beschnitten.[1859] Nun ist zwar freilich nicht zu bestreiten, dass der Gesetzgeber die Selbstbestimmung und Selbstverantwortlichkeit – unter gewissen Voraussetzungen – beschränken kann.[1860] Dass daher auch das Verantwortlichkeitsprinzip aufgrund von Interessenabwägungen relativiert und modifiziert werden kann, bedeutet aber keineswegs, dass es durch diese Abwägung konstituiert wird.[1861]

453 Das Verantwortlichkeitsprinzip ist jedoch nicht unbestritten: Kritisiert wird am Verantwortlichkeitsprinzip aber nicht die Begründung der Straflosigkeit der Mitwirkung an der Selbstgefährdung an sich. Die Kritik richtet sich vielmehr gegen die Einsicht, dass es nach dem Verantwortlichkeitsprinzip nicht darauf ankommen könne, ob die vom «Hintermann» ermöglichte, eigenverantwortliche Handlung des «Vordermannes» eine Selbstgefährdung oder eine Drittgefährdung sei.[1862] Der Einwand gegen das Verantwortlichkeitsprinzip geht also dahin, dass es nicht nur die Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung begründe, sondern darüber hinaus auch die Ermöglichung freiverantwortlicher Fremdgefährdungen straffrei stellen müsste.[1863] Dies setzt freilich die Annahme voraus, dass die

1856 *Lotz,* Fremdschädigung, 176; für eine Abwägung auch *Sternberg-Lieben,* Schranken der Einwilligung, 223; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 80 ff.; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 23.

1857 *Ohly,* Volenti non fit iniuria, 77; *Pawlik,* Unrecht des Bürgers, 220; *Renzikowski,* Täterschaft,68 f; *ders.,* Notstand und Notwehr, 178 f.; LK[12]-*Rönnau,* vor § 32 N. 169; *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 12.

1858 *Ohly,* Volenti non fit iniuria, 77, der an *Hegel,* Grundlinien, § 100 anknüpft, wonach der Verbrecher durch die Strafe als Vernünftiger geehrt werde, und ausführt, dass diesem Prinzip über die Straftheorie hinaus Bedeutung zukomme: Durch die Zuschreibung von Verantwortung werde die Würde der Person anerkannt. Zustimmend *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 12.

1859 Vgl. dazu *Murmann,* Selbstverantwortung, 248 f.

1860 Weil und soweit er dabei in verfassungsmässig garantierte Grundrechte eingreift, sind Beschränkungen nur unter den Voraussetzungen des Art. 36 BV zulässig.

1861 In diese Richtung aber *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 80 ff. und *Lotz,* Fremdschädigung, 176 ff.; so wohl auch *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 117 ff.

1862 *Puppe,* JR 2012, 164 ff.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, 25 f.

1863 *Puppe,* JR 2012, 164 ff.

(fahrlässige) Ermöglichung freiverantwortlicher Fremdgefährdungen strafbar sein soll, was durchaus bestritten werden kann – auf diese Frage wird noch zurückzukommen sein.[1864]

454 Nicht abschliessend geklärt scheint die Frage, wo das Verantwortlichkeitsprinzip innerhalb der objektiven Zurechnung einzuordnen ist. Einige Autor:innen vertreten die Auffassung, dass es bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung aufgrund des Verantwortlichkeitsprinzips bereits an einer Schaffung eines missbilligten Risikos fehle.[1865] Nach *Frisch* ist damit ausgehend von seiner Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens nicht erst die objektive Zurechnung des Erfolges, sondern bereits das Vorliegen eines tatbestandsmässigen Verhaltens auszuschliessen.[1866] Teilweise wird die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung auch auf der Stufe der Risikoverwirklichung eingeordnet.[1867] Wiederum andere Darstellungen stellen das Verantwortlichkeitsprinzip als eigene Stufe neben die beiden sich aus der Grundformel ergebenden Wertungsstufen.[1868]

dd) Würdigung

455 Bei genauerem Hinsehen lässt sich die Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung gleich in zweierlei Hinsicht legitimieren: Einerseits aus der Perspektive der sich selbst gefährdenden Person und andererseits aus der Perspektive der mitwirkenden Person. Aus der Anerkennung der Autonomie der sich selbst gefährdenden Person folgt, dass diese selbstbestimmt und selbstverantwortlich über eigene Rechtsgüter verfügen darf. Dem Staat ist es daher nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gestattet, sich in den selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Umgang einer Person mit eigenen Rechtsgütern einzumischen. Dazu gehört auch, dass der Staat es im Interesse der Handlungsfreiheit der sich selbst gefährdenden

1864 Dazu eingehend unten N. 500 ff.

1865 S/S30-*Eisele,* vor §13 N. 101; *Frister,* AT8, 10/17 ff.; *Murmann,* GK5, §23 N. 72 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*49, N. 262 und N. 269 ff.; nach *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff., 225 ff.; *ders.,* JuS 2001, 119 f. soll es deswegen bereits an einem tatbestandsmässigen Verhalten fehlen. Vgl. auch *Renzikowski,* Täterbegriff 195 ff., der auf der Grundlage des Verantwortlichkeitsprinzips auch beim Fahrlässigkeitsdelikt einen restriktiven Täterbegriff entwickelt.

1866 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff; in diese Richtung auch *Murmann,* Selbstverantwortung, 397 ff.; *ders.,* GK5, §23 N. 34 mit Fn. 58 und N. 72 ff.

1867 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele12-*Eisele,* §10 N. 101 ff.; *Kaspar,* JuS 2012, 113; *ders.,* AT2, §5 N. 94 ff.; *Rengier,* AT11, §13 N. 50 und N. 77 ff.; in diese Richtung wohl auch *Donatsch/Tag,* Strafrecht I9, 89 und *Seelmann/Geth*6, N. 490 ff. (ebenso *Geth*7, N. 490 ff.); für eine Unterbrechung des «Zurechnungszusammenhanges» *Otto,* GK7, §6 N. 53 und N. 61 ff.

1868 *Roxin,* AT I4, §11 N. 106 ff.; in diese Richtung wohl *Kühl,* AT8, §4 N. 83 ff.

Person zu unterlassen hat, die Mitwirkung von Dritten am selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Umgang mit eigenen Rechtsgütern zu verbieten.[1869]

456 Aus der Anerkennung der Autonomie der sich selbst gefährdenden und der mitwirkenden Person folgt aber auch, dass ein hoheitliches Verbot des Verhaltens der mitwirkenden Person auch mit Blick auf ihre Handlungsfreiheit nicht zu legitimieren ist, weil und soweit die Gefährlichkeit ihres Verhaltens vom eigenverantwortlichen Verhalten der sich selbst gefährdenden Person abhängt. Denn für das selbstbestimmte und selbstverantwortliche Verhalten der sich selbst gefährdenden Person ist die daran mitwirkende Person mangels «Zuständigkeit» nicht verantwortlich.[1870] Fraglich bleibt lediglich, an welcher Stelle im Straftatsystem diese Einsicht zu berücksichtigen ist.[1871]

b. Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit

457 Erblickt man den Grund für die Straflosigkeit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung in der Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgutsträger:in, so muss der Frage, ob die sich selbst gefährdende Person tatsächlich eigenverantwortlich gehandelt hat, eine besondere Bedeutung zukommen. Es gilt daher näher zu untersuchen, wie die Eigenverantwortlichkeit zu bestimmen ist.

458 In der Literatur wird der Unterscheidung zwischen der Mitwirkung an der Selbstverletzung und der Mitwirkung an der Selbstgefährdung auch bei der Bestimmung der Anforderungen an die Eigenverantwortlichkeit der sich selbst gefährdenden Person eine Bedeutung beigemessen.[1872] Bei der *Mitwirkung an der Selbstverletzung* wird diskutiert, ob die Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgutsträger:in anhand der sog. Einwilligungslösung[1873] oder der sog. Exkulpationslösung[1874] zu bestimmen sei. Demgegenüber wird die Eigenverantwortlichkeit bei der *Mitwirkung an der Selbstgefährdung* teilweise

1869 Dazu oben N. 452.

1870 *Lenckner,* FS Engisch, 506 f.; dazu oben N. 451 ff.

1871 Auf diese Fragestellung wird zurückzukommen sein. Siehe unten N. 525 ff.

1872 Vgl. etwa *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, 28 ff.

1873 *Amelung,* NJW 1996, 2395; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 120; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 165 ff.; *ders.,* JuS 2011, 120; *Geilen,* JZ 1974, 151; *Herzberg,* JuS 1984, 369; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 88; *Murmann,* Selbstverantwortung, 433 ff. und 473 ff.; *ders.,* GK[5], § 23 N. 80; *Otto,* FS Tröndle, 174; S/S[30]-*Sternberg-Lieben,* vor § 32 N. 52a; so schon S/S[26]-*Lenckner,* vor § 32 N. 52a; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 108 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 277.

1874 *Roxin,* FS Dreher, 343 f.; *ders.,* NStZ 1984, 412 (relativierend aber *ders.,* AT I[4], § 11 N. 114); für die Exkulpationslösung auch ferner *Dölling,* GA 1984, 77; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf[3]-*Hilgendorf,* § 3 N. 26; *Kindhäuser,* LPK[7], vor § 13 N. 124 (anders aber *ders.,* AT[8], § 11 N. 29); *Radtke,* FS Puppe, 838; *Rengier,* FS Kühl, 383; *Stratenwerth/Jenny/Bommer,* BT I[7], § 1 N 52; *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 36, 43 f.

anhand abweichender Massstäbe beurteilt.[1875] Dies führt dazu, dass bereits ein überlegenes Sachwissen der mitwirkenden Person zum Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit der sich selbst gefährdenden Person führen soll.[1876] Nachfolgend sollen zunächst die unterschiedlichen Lösungsansätze zur Bestimmung bei der Mitwirkung an der Selbstverletzung erläutert werden. Anschliessend wird untersucht, ob und inwiefern sich die Kriterien bei der Mitwirkung an der Selbstgefährdung davon unterscheiden und ob eine abweichende Ausgestaltung der Kriterien gerechtfertigt ist.

aa) Eigenverantwortlichkeit bei der Selbstverletzung

459 Nach der *Exkulpationslösung,* die vor allem im älteren deutschen Schrifttum vertreten wird, ist sinngemäss an die für eine Fremdschädigung geltenden Exkulpationsregeln anzuknüpfen.[1877] Es wird also darauf abgestellt, ob die Rechtsgutsträger:in unter ansonsten gleichbleibenden Umständen schuldhaft gehandelt hätte, wenn sie nicht sich selbst, sondern eine andere Person verletzt hätte.[1878] Das heisst, dass die Eigenverantwortlichkeit erst dann verneint würde, wenn die sich selbst verletzende Person straflos bleiben würde, wenn sie durch ihr Verhalten fremde Rechtsgüter beeinträchtigt hätte.

460 Mittlerweile wird in der Literatur jedoch überwiegend die *Einwilligungslösung* vertreten, die – wie der Name schon sagt – auf die Wirksamkeitskriterien der Einwilligung abstellt.[1879] Demnach handelt die sich selbst verletzende Person eigenverantwortlich, sofern sie auch wirksam in die Verletzung hätte einwilligen können, wenn diese durch eine Drittperson herbeigeführt worden wäre. Zu beachten ist dabei aber, dass zumindest teilweise davon ausgegangen wird, dass (gewisse) Einwilligungsschranken bei Selbstverletzungen nicht zur Anwendung gelangen.[1880]

461 Der Eigenverantwortlichkeitsmassstab ist bei der Einwilligungslösung im Vergleich zur Exkulpationslösung daher insofern strenger, als bei Letzterer höhere Anforderungen an den Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit gestellt werden. Dies wird damit begründet, dass an die Willensbildung bei

1875 Vgl. dazu *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 65 f.

1876 *Roxin,* AT I[4], §11 N. 113; dazu unten N. 465.

1877 Vgl. Dazu *Roxin,* FS Dreher, 343.

1878 *Roxin,* FS Dreher, 346; referierend *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 275; *Murmann,* GK[5], §23 N. 79

1879 *Amelung,* NJW 1996, 2395; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 120; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 165 ff.; *ders.*, JuS 2011, 120; *Geilen,* JZ 1974, 151; *Kühl,* AT[8], §4 N. 88; *Murmann,* GK[5], §23 N. 80; *Otto,* FS Tröndle, 174; S/S[30]-Sternberg-Lieben, vor §32 N. 52a; so schon S/S[26]-Lenckner, vor §32 N. 52a; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 277.

1880 Siehe etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 110.

der Gefährdung oder Verletzung eigener Rechtsgüter keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürften als bei der Einwilligung in eine Fremdgefährdung oder -schädigung, weil es auf der Opferseite in beiden Fällen um die Verfügung über eigene Rechtsgüter gehe.[1881] Von den Vertreter:innen der Gegenauffassung wird indes vorgebracht, dass sich die Wirksamkeit der Einwilligung und die Eigenverantwortlichkeit der Selbstschädigung in ihrer rechtlichen Bedeutung unterschieden: Bei der Selbstschädigung fehle einerseits bereits jeglicher Interpersonalbezug und andererseits entscheide der sich selbst Verletzende im Gegensatz zum in die Verletzung Einwilligenden als Letzter über die Verletzung.[1882] Dabei wird jedoch übersehen, dass die Eigenverantwortlichkeit der Selbstschädigung im Strafrecht immer nur im Zusammenhang mit der Mitwirkung einer Drittperson von Bedeutung ist.[1883] Der bei der Mitwirkung einer Drittperson an einer Selbstschädigung oder -gefährdung durchaus vorhandene Interpersonalbezug ist für die Eigenverantwortlichkeit mithin insofern relevant, als in der Einwirkung der mitwirkenden Person auf die sich selbst schädigende Person der Grund für die Verneinung der Eigenverantwortlichkeit liegen kann.[1884] Nicht überzeugend ist denn auch der Hinweis, dass bei der Einwilligung nicht die Rechtsgutsträger:in selbst, sondern eine Drittperson zuletzt über die Schädigung entscheide.[1885] Rechtlich bedeutsam ist in beiden Fällen, *dass* sich die Rechtsgutsträger:in eigenverantwortlich für einen schädigenden Eingriff entscheidet. Diese Entscheidung kann auch bei der Einwilligung jederzeit widerrufen werden.[1886] Nun wird freilich nicht übersehen, dass ein Widerruf während eines schädigenden Eingriffes unter Umständen faktisch nicht möglich ist, weil entweder der Einwilligende nicht in der Lage, ist ihn auszusprechen, oder weil der Handelnde nicht mehr rechtzeitig auf den Widerruf zu reagieren vermag. [1887] Diese ontologische Einschränkung der Widerrufsmöglichkeit bei

1881 *Kühl,* AT8 § 4 N. 88 m.w.N.; vgl. auch *Murmann,* GK5, § 23 N. 80 f.

1882 *Renzikowski,* Täterbegriff, 95.

1883 Die Verletzung eigener Rechtsgüter ist prinzipiell nicht verboten (vgl. aber BGHSt 46, 276, 285). Relevant wird die Selbstschädigung ohne Mitwirkung eines Dritten deshalb nur dann, wenn von der Selbstschädigung auch fremde Rechtsgüter betroffen sind. Die Verletzung solcher Rechtsgüter stellt aber strukturell eine Fremdschädigung dar, bei der die Verantwortlichkeit danach zu bestimmen ist, ob die sich selbst verletzende Person tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Zur Indisponibilität des menschlichen Lebens auch Hauck, GA 2012, 204 ff.

1884 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 167.

1885 Vgl. *Renzikowski,* Täterbegriff, 95.

1886 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele12-*Eisele,* § 15 N. 136; *Kühl,* AT8, § 9 N. 32; *Roxin,* AT I4, § 13 N. 79.

1887 Zu denken ist hier etwa an medizinische Eingriffe, die unter Vollnarkose stattfinden oder aber an die Einwilligung in eine Ohrfeige, die im allerletzten Moment widerrufen wird, sodass die ohrfeigende Person nicht mehr entsprechend reagieren kann.

der Einwilligung liefert aber keine normative Begründung, weshalb abweichende Anforderungen an die Verfügung über eigene Rechtsgüter verlangt werden sollen. Sie mag insbesondere nicht zu begründen, weshalb die sich selbst gefährdende Rechtsgutsträger:in im Vergleich zum Einwilligenden weniger umfassend vor fremden Einwirkungen auf ihre Willensbildung geschützt werden soll.[1888]

462 Im Hinblick auf die Selbstschädigung ist damit auch die Forderung von *Jetzer* nach einem dritten, eigenständigen Massstab für Eigenverantwortlichkeit abzulehnen.[1889] Wenn gegen die Exkulpationslösung eingewendet wird, dass es fragwürdig erscheine, die Selbstschädigung nach anderen Kriterien zu beurteilen als die Einwilligung,[1890] so muss dieser Einwand auch gegen einen von der Einwilligungslösung abweichenden, eigenständigen Massstab gelten. Damit soll aber nicht in Abrede gestellt werden, dass die Forderung nach einem eigenständigen Massstab insofern ein berechtigtes Anliegen verfolgt, als damit die teilweise bei der Einwilligung über das Merkmal der Einwilligungsfähigkeit eingeschleusten Vernünftigkeitskriterien[1891] negiert oder zumindest relativiert werden sollen.[1892] Dieses Problem ist aber durch die richtige Bestimmung der Einwilligungskriterien zu lösen, zumal überrissene Vernünftigkeitsanforderungen mit Blick auf die Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts auch bei der Einwilligung selbst nicht angemessen sind.[1893]

bb) *Eigenverantwortlichkeit bei der Selbstgefährdung*

463 Fraglich ist nun, ob und inwieweit sich diese Kriterien für die Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit von der Selbstschädigung auf die Selbstgefähr-

1888 Vgl. *Roxin,* FS Amelung, 272, wonach «Selbsthandeln und vom Rechtsgutsträger gewolltes Dritthandeln» im Rahmen der freien Verfügbarkeit keinen sozialrelevanten Unterschied begründen. Vgl. auch *Kühl,* AT[8] § 4 N. 88.

1889 Vgl. *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 63 f., wobei nicht einfach ersichtlich ist, ob sich dieser Massstab nun auf die Selbstschädigung oder die Selbstgefährdung beziehen soll, zumal die Ausführungen zwar bei der Selbstschädigung eingeordnet sind, im Text aber von der Selbstgefährdung die Rede ist.

1890 So *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 64.

1891 Kritisch dazu *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 84; ferner *Amelung,* ZStW 104 (1992), 553; *Murmann,* Selbstverantwortung, 267 f.

1892 Vgl. *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 63.

1893 Richtigerweise ist mit *Amelung,* ZStW 106 (1992), 551 ff. und *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 85 ff. die Kompetenz zu eigenverantwortlichem Handeln prinzipiell vorauszusetzen und lediglich dann näher zu prüfen, wenn besondere Umstände (namentlich Minderjährigkeit, geistige Behinderungen, psychische Erkrankungen) darauf hindeuten, dass die einwilligende Person nicht zu einer nach ihren eigenen, subjektiven Massstäben vernünftigen Willensbildung oder -umsetzung in der Lage ist.

dung übertragen lassen. Zweifel gegen die Übertragbarkeit rühren vor allem daher, dass die herrschende Meinung davon ausgeht, dass sich die Einwilligung auch auf den Erfolg beziehen müsse.[1894] Ausgehend von der von *Murmann* vertretenen Mindermeinung, wonach sich die Einwilligung nicht auf den Erfolg, sondern lediglich auf die Gefahrschaffung beziehen müsste,[1895] spräche hingegen nichts gegen die Übertragbarkeit der Einwilligungskriterien von der Selbstschädigung auf die Selbstgefährdung. Ausgehend von der vorherrschenden Einwilligungsdogmatik wird aber in Teilen der Lehre davon ausgegangen, dass es bei der Selbstgefährdung im Unterschied zur Selbstschädigung gerade an einer Verfügung über das Rechtsgut fehle, weil das Opfer bei der Selbstgefährdung in der Regel gerade auf das Ausbleiben des Erfolges vertraue.[1896]

464 Teile der Lehre und insbesondere Rechtsprechung haben daher mit Blick auf die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung eigene Regeln entwickelt. Demnach ist die Eigenverantwortlichkeit des Opfers erst dann auszuschliessen, wenn dieses die Gefahr nicht richtig erkennt[1897] oder die mitwirkende Person das Risiko infolge überlegenen Sachwissens besser überblickt.[1898] Bei der Gefahrenkenntnis wird dabei keine ganz genaue Kenntnis des konkreten Ausmasses des Risikos verlangt. Vielmehr soll genügen, wenn das Opfer die Möglichkeit der Verletzungsfolge und deren Eintrittswahrscheinlichkeit «einigermassen» abschätzen kann.[1899] Eine bloss unerhebliche Fehleinschätzung des Risikos soll die Eigenverantwortlichkeit hingegen nicht ausschliessen.[1900] Dies wird teilweise selbst dann angenommen, wenn das Opfer beim Konsum von Heroin zwar um das Risiko einer (schweren) Gesundheitsbeeinträchtigung wisse, nicht jedoch, dass darüber

1894 BGE 131 IV 1 E. 3.1; *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 197 ff.; *ders.,* ZStrR 105 (1988), 368 ff.; Donatsch/Tag, Strafrecht I[9], 363; Eicker, recht 2009, 148 f.; BSK[4]-*Schwarzenegger/Gurt,* Art. 117 N. 5; Weissenberger, Einwilligung des Verletzten, 60; vgl. aber BGE 125 IV 189 E. 3b.

1895 *Murmann,* Selbstverantwortung, 417 ff.; *ders.,* FS Puppe, 767 ff.; *ders.,* GK[5], § 25 N. 138 f.; *Frister,* AT[8], 15/15; *Jäger,* FS Schünemann, 431 ff.; ablehnend aber *Roxin,* AT I[4], § 13 N. 78 und § 24 N. 108; *ders.,* GA 2012, 660 ff.; ferner *Eicker,* recht 2009, 148 f.

1896 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 183.

1897 Vgl. *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 71; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 103, 186.

1898 BGE 125 IV 189, E. 3a; zum Verhältnis der beiden Kriterien *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 92 f.

1899 BGE 134 IV 149 E. 5.1; vgl. ferner *Blocher,* Liber amicorum Donatsch, 61 f.; *Frei,* Kausalzusammenhang, N. 312; *Hurtado Pozo,* N. 535; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 68 ff.; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 101 ff. und 186 f.

1900 *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 101 ff. und 186 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung N. 71.

hinaus das Risiko des Todes besteht.[1901] Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen: In diesem Fall fehlt dem Opfer die Einsicht in die Gefahr des Erfolgseintrittes, weswegen die Risikokenntnis nicht dadurch fingiert werden kann, dass der Eintritt des Todes mit Blick auf die erkannte Gesundheitsgefahr lediglich eine unwesentliche Abweichung darstelle. Nur wenn das Risiko des Todes von der sich selbst gefährdenden Person überhaupt erkannt wird, kann in dieser Hinsicht eine unerhebliche Fehlvorstellung über das Risiko vorliegen.[1902] Darüber hinaus wird man auch bei der Kenntnis der statistischen Risiken, die mit einem selbstgefährdenden Verhalten verbunden sind, die Eigenverantwortlichkeit nicht ohne Weiteres bejahen dürfen, wenn die konkrete Gefahr im Einzelfall das allgemeine Risiko bei Weitem übersteigt.[1903] Dagegen mag einzuwenden sein, dass ein Opfer, dem die Möglichkeit zur zutreffenden Einschätzung der konkreten Gefahr abgeht, gleichwohl eigenverantwortlich handelt, sofern es die selbstgefährdende Handlung im Bewusstsein seiner mangelnden Kenntnis vornimmt.[1904] Dann wird man die Eigenverantwortlichkeit des Opfers aber auch dann bejahen müssen, wenn die mitwirkende Person zutreffend erkennt, dass das Risiko im konkreten Fall weit über dem allgemeinen statistischen Risiko liegt.[1905] Weiss das Opfer, dass von 1'000 000 sich im Umlauf befindlichen Fertiggerichten 10 mit einem Krankheitserreger verunreinigt sind, der mit einer Wahrscheinlichkeit von knapp 50% eine schwere, langanhaltende Krankheit verursacht, so dürfte das Opfer bei der Einnahme eines von der beschuldigten Person zubereiteten Fertiggerichts von einem Ansteckungsrisiko von 1:50'000 ausgehen. Bereitet die beschuldigte Person dem Opfer nun aber eine Mahlzeit vor, von der sie weiss, dass sie mit einem Krankheitserreger kontaminiert ist, so liegt das für sie erkennbare Ansteckungsrisiko bei 1:2 und damit deutlich über dem Risiko, mit dem das Opfer zu rechnen hat. Das Wissen darum, dass bei der Einnahme einer solchen Fertigmahlzeit eine statistische Ansteckungswahrscheinlichkeit von 0,002% besteht, begründet noch keine

1901 So aber *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 186 f.; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 71; vgl. auch *Murmann,* NStZ 388 f.; BGHSt 32 262, 265.

1902 Soweit hinsichtlich des Wissens des Opfers analog auf das sog. Mitbewusstsein beim Vorsatz abgestellt wird (vgl. dazu *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 103 und *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 71), so ergibt sich dies bereits aus den analog angewendeten Regeln beim Vorsatz.

1903 Vgl. BGE 134 IV 193 E. 9.3 f.

1904 *Arzt,* FS Geppert, 15 Fn. 41; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 73 f.; vgl. ferner *Eicker/Huber,* forumpoenale 2011, 5; *Stratenwerth,* FS Hurtado Pozo, 371 f.; ablehnend NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 197.

1905 Vgl. NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 197, wonach eine blosse Obliegenheitsverletzung des Opfers noch keine Alleinverantwortung des Opfers begründe.

Eigenverantwortlichkeit im Hinblick auf eine konkrete – von der beschuldigten Person erkannte – Gefährdung, die um das 25'000-Fache erhöht ist.[1906]

465 In der Rechtsprechung und Teilen der Literatur wird daher vertreten, dass die Eigenverantwortlichkeit des Opfers auch zu verneinen sei, wenn dieses das Risiko zwar erkenne, die mitwirkende Person aufgrund überlegener Sachkenntnis das Risiko aber besser überblicken konnte.[1907] Die Eigenverantwortlichkeit der sich selbst gefährdenden Person vom Wissen der mitwirkenden Person abhängig zu machen, erscheint mit Blick auf die vorangehenden Ausführungen zwar naheliegend, aus dogmatischer Sicht ist es aber falsch.[1908] Eigenverantwortlich handelt die sich selbst gefährdende Person, sobald sie das Risiko *hinreichend* überblickt.[1909] Dafür muss massgeblich sein, ob die sich selbst gefährdende Person das im konkreten Fall objektiv vorliegende Risiko im Wesentlichen zutreffend erkannt hat.[1910] Nun kann es freilich sein, dass die mitwirkende Person der sich selbst gefährdenden Person Informationen vorenthält, die für die richtige Beurteilung der Gefahrensituation erheblich sind und zu deren Weitergabe die mitwirkende Person verpflichtet war.[1911] In diesem Fall fehlt es aber gerade an einer hinreichenden Kenntnis der mit der Vornahme der Handlung verbundenen Risiken und damit an der Eigenverantwortlichkeit. Entscheidend ist hier aber nicht, dass die mitwirkende Person mehr weiss, sondern dass die sich selbst gefährdende Person nicht genug weiss.[1912]

466 Teile der Literatur vertreten ferner, dass *ex post* festgestellte Eigenverantwortlichkeitsdefizite des Opfers nicht ohne Weiteres zur objektiven Zurechnung des Erfolges führen sollen. Erforderlich sei vielmehr, dass die

1906 Dieses Problem wird von der Rechtsprechung insbesondere bei HIV-Fällen diskutiert (vgl. etwa BGE 134 IV 193 E. 9; 131 IV 1 E. 3), die aber m.E. fälschlicherweise unter dem Gesichtspunkt der «Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung» diskutiert werden. Die Zahlen im obigen Beispiel sind beispielhaft und stehen in keinem Zusammenhang zu der tatsächlichen Ansteckungsrisiken im Zusammenhang mit HIV.

1907 BGHSt 53, 288, 291 f.; BGE 134 IV 193 E. 9.3 f.; *Bottke,* Suizid und Strafrecht, 205; *Eisele,* JuS 2012, 583 (anders nunmehr S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101e); *Frei,* Kausalverlauf, N. 313; *Hardtung,* NStZ 2001, 207; *Jescheck/Weigend,* AT[5], 574; *Roxin* AT I[4], § 11 N. 113 ff.; *Walther,* HRRS, 560 ff.

1908 So auch S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101d f.; *ders.,* JuS 2012, 582; vgl. ferner *Blocher,* Liber amicorum Donatsch, 66; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, 40 ff.; *Kindhäuser,* AT[8], § 11 N. 30; NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 197; *Renzikowski,* Täterbegriff, 272 ff.

1909 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 197; *Jetzer,* Einverständliche Selbstgefährdung, N. 94.

1910 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 71 m.w.N.

1911 Vgl. BGE 134 IV 193 E. 9.3 f.; *Blocher,* Liber amicorum Donatsch, 66; eingehend *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 87.

1912 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 197; *Jetzer,* Einverständliche Selbstgefährdung, N. 94.

Defizite in der Situation der mitwirkenden Person *ex ante* erkennbar waren.[1913] Umstritten ist jedoch, ob die beschuldigte Person *erkennen* muss, dass sich das Opfer der Gefahr nicht hinreichend bewusst ist,[1914] oder ob es für die objektive Zurechnung genügt, wenn es dies hätte *erkennen können*.[1915] Die zuerst genannte Auffassung wird dabei damit begründet, dass die Reichweite des Tatbestandes bei der Fahrlässigkeit nicht weiter reichen könne als beim Vorsatz.[1916] Dieser Vorgriff auf subjektive Unrechtsmerkmale ist jedoch abzulehnen. Ob die im Zeitpunkt der Ausführung vorliegenden Defizite für die mitwirkende Person erkennbar waren oder ob sie von dieser gar erkannt wurden, ist im Zusammenhang mit dem Vorsatz beziehungsweise der Fahrlässigkeit zu erörtern. Für die objektive Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit kann die Erkennbarkeit hingegen keine Rolle spielen.[1917]

cc) Würdigung

467 Meines Erachtens ist nicht einzusehen, weshalb für die Beurteilung der Eigenverantwortlichkeit von den Einwilligungskriterien abgewichen werden soll. All den im Zusammenhang mit der Eigenverantwortlichkeit bei der Selbstgefährdung diskutierten Problemen kann auch mit der Einwilligungslösung angemessen Rechnung getragen werden, weshalb es hier keines eigenständigen Eigenverantwortlichkeitsmassstabs bedarf. Hat etwa die sich selbst gefährdende Person die konkrete Gefahr eines Erfolgseintritts nicht erkannt, so ist zu prüfen, ob der Irrtum über die Gefährlichkeit der vorgenommenen Handlung einen Willensmangel darstellt,[1918] der die Eigenverantwortlichkeit ausschliesst.

468 Wird sowohl bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstschädigung als auch bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit gleichermassen auf den Einwilligungsmassstab abgestellt, so gibt es unter normativen Gesichtspunkten auch keinen Grund, zwischen Selbstschädigung und Selbstgefährdung zu unterscheiden. Man mag die Unterscheidung zur Be-

1913 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 160 ff.

1914 *Roxin,* AT I⁴, § 11 N. 113 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 113); ihm folgend BGE 131 IV 1 E. 3.3; 134 IV 149 E. 4.5; 134 IV 193 E. 9.1; BGH NStZ 1986, 266, 267; ferner *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 68.

1915 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 160 ff. 154 ff.

1916 *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 113.

1917 *Kindhäuser,* AT⁸, § 11 N. 30.

1918 Eingehend zu Irrtümern als Willensmängel bei der Einwilligung, *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 142 ff.

zeichnung verschiedener Fallkonstellationen beibehalten. Mit Blick auf die anzulegenden Zurechnungskriterien hat die Unterscheidung richtigerweise aber keine Konsequenzen.[1919]

2. Einverständliche Fremdgefährdung

Nicht abschliessend geklärt ist hingegen, ob die sog. einvernehmliche Fremdgefährdung als eigenständiger Grund für den Ausschluss der objektiven Zurechnung anzuerkennen ist.[1920] Zwar dürfte weitgehend anerkannt sein, dass die beschuldigte Person für den Fall, dass sie eine andere Person einvernehmlich gefährdet, straflos bleiben muss. Umstritten ist aber, wie solche Fälle richtigerweise zu lösen sind. Einige Stimmen in der Literatur bestreiten bereits die Abgrenzbarkeit der einvernehmlichen Fremdgefährdung zur Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.[1921] So wird etwa vertreten, dass es sich aufgrund des Grundsatzes der Selbstverantwortung verbiete, bei der eigenverantwortlichen Verwaltung eigener Güter zwischen Selbst- und Fremdgefährdung zu unterscheiden.[1922] Gegen die Unterscheidung wird ferner angeführt, dass sich die Abgrenzung nach der Zufälligkeit des Geschehens richte, weswegen mit Blick auf die Gefährdung keine Differenzierung angemessen sei.[1923] 469

Mehrheitlich wird die Abgrenzung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung aber für notwendig und möglich gehalten.[1924] Doch auch unter diesen Stimmen, die eine Unterscheidung befürworten, besteht keine Einigkeit über die Anerkennung der einvernehmlichen Fremdgefährdung als Grund für den Ausschluss der objektiven Zurechnung. Ein Teil der Literatur will solche Fälle stattdessen über die Rechtsfigur der Einwilligung in das Risiko lösen.[1925] Weil bei der Einwilligung traditionell eine Einwilligung in den Erfolg verlangt 470

1919 So auch *Degener,* Schutzzweck der Norm, 339 mit Fn. 839.

1920 Vgl. die Einschätzung bei *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 121 und *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 186.

1921 *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 366 ff.; *Otto,* FS Tröndle, 170; *Timpe,* ZJS 2009, 175; vgl. auch *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 87 ff., 149 f., 169 ff. 182.

1922 *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 369, 373 ff.; in diese Richtung auch *Timpe,* ZJS 2009, 175, wonach die einvernehmliche Fremdgefährdung lediglich ein Sonderfall der eigenverantwortlich gewollten Selbstgefährdung sei.

1923 *Otto,* FS Tröndle, 1989, 157 ff.

1924 Siehe dazu die Einschätzung bei *Roxin,* GA 2012, 657; dazu auch *Döllig,* FS Geppert, 55; Murmann, GK[5], § 23 N. 91 ff.

1925 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 285; ferner *Frister,* AT[8], 15/15; *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 205; *Murmann,* GK[5], § 25 n. 136 ff.; *Rengier,* AT[11], § 23 N. 39; *Stratenwerth,* FS Hurtado Pozo, 366 f.

wird,[1926] stellt sich hier aber die Frage, ob eine Einwilligung in das Risiko überhaupt möglich ist und inwiefern sich eine solche von der herkömmlichen Einwilligung unterscheidet.[1927]

471 Für einen eigenständigen Zurechnungsausschluss im Falle einer einvernehmlichen Fremdgefährdung sprechen sich nun gerade diejenigen Autor:innen aus, die die Abgrenzung zur Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung für notwendig und möglich halten, aber gleichzeitig davon ausgehen, dass sich die Einwilligung auch auf den Erfolg beziehen müsse, weshalb eine Lösung dieser Fälle über die Einwilligung ausgeschlossen sei.[1928] Im Gegensatz zur Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung könne die einvernehmliche Fremdgefährdung nicht ohne Weiteres straflos sein, weil diejenige Person, die sich einer von einer anderen Person ausgehenden Gefahr aussetze, die weitere Entwicklung der Situation nicht gleichermassen überblicken könne wie diejenige, die sich selbst gefährde.[1929] Mit *Roxin* will ein Teil der Literatur bei der einvernehmliche Fremdgefährdung die objektive Zurechnung aber immerhin dann ausschliessen, wenn die einvernehmliche Fremdgefährdung der (eigenverantwortlichen) Selbstgefährdung unter allen relevanten Aspekten gleichsteht.[1930] Diese Lösung basiert auf dem Gedanken, dass in beiden Fällen die Selbstverantwortung des Opfers der entscheidende Faktor sei, aufgrund dessen weitreichende

1926 So etwa bei *Donatsch,* Sorgfaltsbemessung, 197 ff.; *ders.,* ZStrR 105 (1988), 368 ff.; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 363; *Eicker,* recht 2009, 148 f.; *Geppert,* ZStW 83 (1971), 974; *Lotz,* Fremdschädigung, 215 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], §13 N. 78; Roxin, GA 2012, 661; BSK[4]-*Schwarzenegger/Gurt,* Art. 117 N. 5; *Weissenberger,* Einwilligung des Verletzten, 60, 126 f.

1927 Für eine Einwilligung in das Risiko *Stratenwerth,* FS Hurtado Pozo, 366 f.; *ders.,* FS Puppe 1022 f.; ferner *Dölling,* GA 1984, 80 ff.; *ders.,* FS Geppert, 58 f.; *Frisch,* NStZ 1992, 66; *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 285, *Menrath,* Einwilligung in das Risiko, 205; *Murmann,* Selbstverantwortung, 427 ff.; *ders.,* GK[5], §25 n. 136 ff.; *Rengier,* AT[11], §23 N. 39; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 283 f. Abgelehnt wird die Risikoeinwilligung etwa bei *Roxin/Greco,* AT I[5], §13 N. 78 und §24 N. 108; ferner *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 365 f.; *Duttge,* FS Otto, 232 f.; *Eicker,* recht 2009, 148 f.; Göbel, Einwilligung, 25; *Hellmann,* FS Roxin, 274 ff.; *Preuß,* Untersuchungen zum erlaubten Risiko, 137 ff.; LK[12]-*Rönnau,* vor §32 N 168; *Schünemann,* JA 1975, 724; *Sternberg-Lieben,* Schranken der Einwilligung, 214 ff.; *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 37 f. (relativierend aber a.a.O., 141); *Zaczyk,* Selbstverantwortung, 51.

1928 Vgl. *Eicker,* recht 2009, 148 ff.; *Hellmann,* FS Roxin, 274 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 121 ff. und §13 N. 78.

1929 *Roxin,* GA 2012, 657; *ders.,* FS Gallas, 250 (vgl. aber *Roxin,* FS Amelung, 272); in diese Richtung auch *Döllig,* FS Geppert, 55, der sich aber für die Einwilligungslösung ausspricht.

1930 *Roxin,* FS Gallas, 252; *ders.,* GA 2012, 657; *ders.,* AT I[4], §11 N. 123; ferner *Eicker,* recht 2009, 150 f.; *Geppert,* Jura 2001, 493; *Hellmann,* FS Roxin, 282; S/S[30]-*Sternberg-Lieben,* vor §32 N. 106; vgl. ferner *Luzón Peña,* GA 2011, 295; so wohl auch HK GS[4]-*Heinrich,* vor §13 N. 140.

Unterschiede bei der Behandlung beider Fallgruppen dogmatisch nicht tragbar seien.[1931] Deswegen sei auch bei der einvernehmlichen Fremdgefährdung bereits die objektive Zurechnung auszuschliessen. Weil aber die einvernehmliche Fremdgefährdung im Vergleich zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nur eingeschränkte Steuerungsmöglichkeiten über den Geschehensablauf zulässt, steht der Zurechnungsausschluss hier unter der Bedingung, dass sie der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung unter allen relevanten Aspekten gleichsteht.[1932] Wird die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdgefährdung aber gerade damit begründet, dass die Person, die sich einer Fremdgefährdung aussetze, die Situation nicht gleichermassen überblicke wie diejenige, die sich selbst gefährde,[1933] so erscheint entweder dieses Kriterium oder aber die Unterscheidung zwischen der Selbst- und Fremdgefährdung sinnlos.

472 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass jedenfalls im jüngeren Schrifttum im Ergebnis weitgehende Einigkeit darüber besteht, dass – unter dem Vorbehalt von Einwilligungsschranken – kein Unrecht begeht, wer fremde Rechtsgüter im informierten Einvernehmen der Rechtsgutsträger:in gefährdet.[1934] Nicht einzusehen ist jedoch, weshalb es dafür neben der Einwilligung eine weitere Rechtsfigur brauchen soll. Der Einwand, dass sich die Einwilligung auch auf den Erfolg zu beziehen habe, weil die Einwilligung auf der Rechtfertigungsebene sowohl den Handlungs- als auch den Erfolgsunwert ausschliessen müsse und dies nur möglich sei, wenn das Opfer auch in den Erfolg einwillige,[1935] ist nämlich ganz offensichtlich falsch: Ein Erfolgsunwert kann nicht unabhängig von einem Handlungsunwert bestehen, sondern baut auf diesem auf. Fehlt es aufgrund der Einwilligung in die Handlung an einem Handlungsunwert, so kann auch kein Erfolgsunwert bestehen.[1936] Willigt das Opfer in Kenntnis der mit einer Handlung verbundenen Gefahren in die Handlung ein, so ist nicht ersichtlich, weshalb nicht von einer gültigen Einwilligung ausgegangen werden soll, wenn sich die erkannte Gefahr verwirklicht.[1937] Hat das Opfer hingegen in eine Handlung eingewilligt, ohne die

1931 Vgl. *Roxin/Greco,* AT I⁵, § 11 N. 123; *Roxin,* FS Gallas, 251; vgl. auch *ders.,* GA 2012, 663 ff.

1932 *Roxin,* FS Gallas, 252; *ders.,* AT I⁴, § 11 N. 123; *Eicker,* recht 2009, 150; referierend *Menrath,* Einwilligung in das Risiko, 109 f.

1933 Siehe die Nachweise in Fn. 1858.

1934 *Börgers,* Gefahrurteil, 191; *Frister,* AT⁸, 15/13; *Menrath,* Einwilligung in das Risiko, 121.

1935 So etwa *Eicker,* recht 2009, 149.

1936 *Murmann,* GK⁵, § 25 N. 139; eingehend *ders.,* Selbstverantwortung, 428 ff.; *ders.,* FS Puppe, 776 f.; ferner *Dölling,* FS Geppert, 58 f.; *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 129 ff., 133 ff., 136 f.; *Stratenwerth,* FS Puppe, 1022 f.; in diese Richtung auch *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 286.

1937 Vgl. dazu auch *Beulke,* FS Otto, 215.

Gefahr eines Erfolgseintritts erkannt zu haben, so stellt sich die Frage, ob ein Willensmangel hinsichtlich der Einwilligung in die Handlung vorliegt, aufgrund dessen die Einwilligung unwirksam ist.[1938]

3. Abgrenzung zwischen einverständlicher Fremdgefährdung und Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung

473 Nicht abschliessend geklärt ist sodann, wie die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung von der einverständlichen Fremdgefährdung abzugrenzen ist.[1939] Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere dann, wenn das spätere Opfer und die mitwirkende Person gemeinsam handeln.[1940] Zu denken ist hierbei etwa an die bereits angesprochenen HIV-Fälle oder aber an den sog. Gisela-Fall, bei dem sich der Beschuldigte und das Opfer dazu entschieden haben, gemeinsam in den Tod zu gehen, indem sie sich zusammen in ein Auto setzten, woraufhin der Beschuldigte das Gaspedal durchtrat bis er wegen mit einem Schlauch in das Wageninnere hineingeleiteter Abgase die Besinnung verlor. Als die beiden am nächsten Morgen gefunden wurden, konnte nur noch der Beschuldigte gerettet werden.[1941]

a. Tatherrschaft

474 Die herrschende Meinung will für die Abgrenzung darauf abstellen, ob das Opfer die Tatherrschaft innehat.[1942] Mit Blick auf die Abgrenzung von Selbst*schädigung* und Fremd*schädigung* wurde das Kriterium der Tatherrschaft in der Literatur aber dahingehend modifiziert, dass nicht die Herrschaft über das gesamte zum Erfolg führende Geschehen massgeblich sein soll, sondern nur die Herrschaft über den unmittelbar erfolgsherbeiführenden Moment.[1943] Entscheidend soll demnach sein, wer die Kontrolle über den letzten, irrever-

1938 Zu der Behandlung von Irrtümern in der Einwilligungsdogmatik eingehend *Scheidegger,* Sexualstrafrecht, N. 142 ff.

1939 Die Schwierigkeiten bestehen unabhängig davon, ob man die einverständliche Fremdgefährdung als Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung anerkennt oder ob solche Fälle über die Einwilligung gelöst werden.

1940 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 113; eingehend *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 86 ff.

1941 BGHSt 19, 135.

1942 BGHSt 19, 135, 139 f.; BGE 125 IV 189 E. 3a; 131 IV 1 E. 3.2; 134 IV 149 E. 4.4; *Bottke,* Suizid und Strafrecht 239; *Dölling,* FS Maiwald, 120; *Eisele,* JuS 2012, 579; *Kühl,* Jura 2010, 83; ders., AT[8], § 4 N. 89; *Lackner/Kühl*[29], vor § 211 N. 12 f.; *Lotz,* Fremdschädigung, 183 ff.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 81 ff.; *Roxin,* NStZ 1987, 347 f.; *ders.,* Täterschaft und Tatherrschaft[9], 570; S/S[30]-*Sternberg-Lieben,* vor § 32 N. 107; *Weissenberger,* Einwilligung des Verletzten, 105.

1943 *Bottke,* Suizid und Strafrecht, 239; *Dölling,* FS Maiwald, 120; *Eisele,* JuS 2012, 579; *Kühl,* Jura 2010, 83; *Lotz,* Fremdschädigung, 183 ff.; *Roxin,* NStZ 1987, 347 f.; *ders.,* Täterschaft und Tatherrschaft[9], 570.

siblen Geschehensakt, den sog. «point of no return», ausübt.[1944] Mit anderen Worten: Entscheidend ist, wer die unmittelbar schädigende oder gefährdende Handlung vornimmt.[1945] Dies schafft keine Schwierigkeiten, solange die Handlung des Opfers der Handlung des Mitwirkenden zeitlich nachfolgt. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Mitwirkende für das sterbewillige Opfer ein Getränk mit einer tödlichen Dosis eines Sedativums vorbereitet, welches anschliessend vom Opfer eingenommen wird. Sobald nun dem Opfer zumindest Mitherrschaft über das Geschehen zukommt, wird üblicherweise von einer «Quasi-Mittäterschaft» gesprochen, bei der sich nach herrschender Meinung keiner der arbeitsteilig Zusammenwirkenden strafbar macht.[1946] Für den Gisela-Fall bedeutet dies, dass der Beschuldigte lediglich an der eigenverantwortlichen Selbstschädigung des Opfers mitwirkt, weil dieses bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit das Fahrzeug jederzeit hätte verlassen können.[1947]

475 Bei der Abgrenzung zwischen Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbst*gefährdung* und einvernehmlicher Fremd*gefährdung* wird das Tatherrschaftskriterium von der herrschenden Meinung dahingehend angepasst, dass es sich auf die Beherrschung des unmittelbar zum Erfolg führenden riskanten Geschehens beziehen muss.[1948] Auch mit dem Kriterium der Gefährdungsherrschaft wird bei einer «Quasi-Mittäterschaft», also bei Mitbeherrschung des Geschehensablaufes durch das Opfer, von einer Selbstgefährdung ausgegangen.[1949] Ebendies hat insbesondere bei den HIV-Fällen zu Diskussionen darüber geführt, ob die Gefährdungsherrschaft nur die Person innehat, die das Virus trägt,[1950] oder ob eine Herrschaft über die gefährliche Handlung – den ungeschützten Geschlechtsverkehr – beiden Parteien zukomme.[1951]

1944 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 111 ff.; *ders.,* JuS 2012, 578, *Frisch,* JuS 2011, 119; *Hirsch,* FS Lenckner, 126.

1945 Deutlich Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 111 ff.

1946 Dazu etwa *Eisele,* JuS 2012, 579; *Kühl,* Jura 2010, 82 f.; *ders.,* AT[8], § 4 N. 89.

1947 *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft[9], 571; *Jäger,* FS Schünemann, 423; kritisch *Murmann,* Selbstverantwortung, 350 f.; *ders.,* GK[5], § 23 N. 97 Fn. 200 und N. 99.

1948 *Dölling,* FS Geppert, 55; *Eisele,* JuS 2012, 580; *Hellmann,* FS Roxin, 272; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 89.

1949 *Amelung/Eymann,* JuS 2001, 938; vgl. auch *Dölling,* GA 1984, 78; *Duttge,* NStZ 2009, 692; LK[11]-*Hirsch,* vor § 32 N. 94; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 89; mit weiteren Nachweisen *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 91

1950 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 133; *Hellmann,* FS Roxin, 273; *Herzberg,* NStZ 1989, 560 Fn. 9; vgl. ferner *Frisch,* JuS 1990, 369 Fn. 76, wonach ein strukturell fremdgefährdendes Verhalten diese Qualität nicht schon dadurch verliere, dass es in einen partnerschaftlichen Handlungszusammenhang eingebettet ist.

1951 BGE 131 IV 1 E. 3.2; BGE 134 IV 193 E. 9.2 f.; Urteil des BGer vom 27. Oktober 2004, 6S.358/2003 E. 5.2; *Dölling* GA 1984, 80 mit Fn. 73; *Duttge,* FS Otto, 239 f.; *Eicker,* recht 2009, 145; *Hellmann,* FS Roxin, 273;

476 Das Tatherrschaftskriterium, beziehungsweise seine Übertragung auf Gefährdungssachverhalte, stösst in Teilen der Literatur auf erheblichen Widerstand.[1952] Kritisiert wird etwa die «unbekümmerte Verwendung» des Begriffes der Tatherrschaft im Bereich der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, in dem die herrschende Auffassung das Tatherrschaftskriterium zur Abgrenzung von Beteiligungsformen für ungeeignet hält.[1953] Dass das Tatherrschaftskriterium hier für geeignet gehalten wird, die Unterscheidung von Beteiligungsformen auf der Grundlage der Tatherrschaftslehre hingegen für undurchführbar gehalten wird, erstaunt in der Tat. Es scheint, als diene die Tatherrschaft lediglich als «terminologisches Gewand» für eine Abgrenzung, die eigentlich vorrangig aufgrund kriminalpolitischer Überlegungen vorgenommen wird.[1954] Inwiefern alleine die Mitherrschaft des Opfers über das Gefährdungsgeschehen auf der Grundlage der Tatherrschaft eine Aussage über die *Beteiligungsrolle* der andern Person ermöglichen soll, bleibt jedenfalls schleierhaft.[1955]

b. Rechtlich missbilligte Gefahrschaffung

477 Anknüpfend an *Frischs* Lehre des tatbestandsmässigen Verhaltens[1956] hat *Murmann* einen Ansatz zur Abgrenzung von Selbst- und Fremdgefährdung herausgearbeitet, bei es darauf ankommen soll, ob die Handlung des Beschuldigten als missbilligtes Risiko zu qualifizieren wäre, sofern sie ohne Zustimmung des Opfers vorgenommen würde.[1957] Dieses Abgrenzungskriterium setzt zunächst voraus, dass es bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bereits an der Schaffung eines missbilligten Risikos fehle.[1958] Dies wird damit begründet, dass insoweit das selbstschädigende Verhalten dem Selbstbestimmungsrecht des Opfers entspreche und die Möglichkeit der Vornahme einer Selbstschädigung kein Legitimations-

1952 *Murmann,* Selbstverantwortung, 331 ff. 353, 415 ff.; *ders.,* FS Puppe, 775; ferner *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 369 f.; *Menrath,* Einwilligung in das Risiko 94 ff. m.w.N.

1953 *Renzikowski,* HRRS 2009, 350; kritisch auch *Murmann,* Selbstverantwortung, 331 ff. 353.

1954 Vgl. *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko, 94, wonach das Tatherrschaftskriterium lediglich ein sich aus der «pseudo-logischen» Begründung des Teilnahmeargumentes ergebendes terminologisches Gewand sei, «mit dem die vorherrschende Erkenntnis, dass bei gleichrangigem Wissen und Wollen der Beteiligten die Steuerung des Geschehens der entscheidende Faktor für die Annahme einer tatbestandlichen Fremdgefährdung oder -schädigung sei, systematisch entkleidet» werde.

1955 Vgl. *Murmann,* Selbstverantwortung, 410.

1956 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 33 ff., 70 ff., zur missbilligten Gefahrschaffung durch «Ermöglichung fremder Selbstgefährdung» a.a.O., 148 ff.

1957 *Murmann,* FS Puppe, 773 ff.; *ders.,* Selbstverantwortung, 353 ff, 397 ff.; in diese Richtung bereits *Herzberg,* NStZ 2004, 1 ff. und *Schlehofer,* FS Herzberg, 357 f.

1958 *Murmann,* Selbstverantwortung, 335.

grund für ein Verbot des darauf bezogenen Verhaltens sei.[1959] Insoweit die Handlung des Mitwirkenden also die Selbstverfügung des Opfers ermöglicht oder erleichtert, könne darin keine rechtlich missbilligte Risikoschaffung gesehen werden.[1960] Ferner baut es auf der Annahme auf, dass die Einwilligung der Rechtsgutsträger:in grundsätzlich erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zum Tragen kommt, weshalb die einverständliche Fremdgefährdung nicht bereits die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst.[1961]

478 Im Gisela-Fall soll deshalb erst dann eine Fremdgefährdung vorliegen, wenn der Beschuldigte das Gaspedal betätigt, nachdem Gisela bereits das Bewusstsein verloren hatte und sich der Gefahr deswegen nicht mehr entziehen konnte.[1962] Dieses Ergebnis entspricht im Wesentlichen demjenigen des Tatherrschaftskriteriums.[1963] Beim HIV-Fall will *Murmann* hingegen eine Fremdgefährdung annehmen, weil der ungeschützte Geschlechtsverkehr, der nach herrschender Meinung bei Unkenntnis des Sexualpartners von der Erkrankung als rechtlich missbilligte Gefahrschaffung in Betracht komme, nur erlaubt sein könne, wenn das Opfer das Verhältnis durch seine Zustimmung umgestalte.[1964] Was hierbei irritiert, ist der Hinweis, dass die Vornahme des ungeschützten Geschlechtsverkehrs bei *Unkenntnis* des Sexualpartners von der Erkrankung als missbilligte Risikoschaffung zu qualifizieren sei.[1965] Denn auch im Gisela-Fall wäre eine missbilligte Risikoschaffung seitens des Beschuldigten zu bejahen, wenn sie die Erstickungsgefahr nicht gekannt hätte, weil sie sich dann der ihr unbekannten Gefahr bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit gerade nicht selbstbestimmt ausgesetzt hätte. *Murmann* verkennt, dass er bei den beiden Fällen offensichtlich unterschiedliche Massstäbe anlegt. Stattdessen hält er in Bezug auf den Gisela-Fall fest, dass es im Sinne der Tötungstatbestände keine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung sei, eine Person, die diese Situation voll überblickt und beurteilen kann, einem Gas auszusetzen, dem sich diese Person durch Verlassen des Raumes ohne Weiteres entziehen könne.[1966] Dies möge zwar das Unrecht einer Nötigung zum

1959 *Murmann,* Selbstverantwortung, 334 mit Hinweis auf *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 156 ff. und *Freund,* Erfolgsdelikt, 199 ff.

1960 *Murmann,* Selbstverantwortung, 335 und 353 ff.

1961 *Murmann,* FS Puppe, 773 f.

1962 *Murmann,* Selbstverantwortung, 361.

1963 Zu dem auf die Tatherrschaft abstellenden Lösungsansatz oben N. 474 ff.

1964 *Murmann,* Selbstverantwortung, 411.

1965 In dem konkreten Fall (BayObLG, NJW 1990, 131) hatte der Beschuldigte das Opfer auf die Gefahr eines ungeschützten Geschlechtsverkehrs hingewiesen. Vgl. hierzu *Murmann,* Selbstverantwortung, 409.

1966 *Murmann,* Selbstverantwortung, 361.

Verlassen des Raumes verwirklichen, aber nicht das Tötungsunrecht.[1967] Diese Annahme ist aber unzutreffend: Nicht das Opfer, sondern die Täter:in hat die Begehung einer Straftat zu vermeiden. Das Opfer muss die Tat nicht durch eigenes Tätigwerden verhindern, vielmehr hat die Täter:in die Begehung seiner Tat zu unterlassen. Wer sich auf eine bestimmte Weise verhält, die bei Untätigkeit des Opfers zu dessen Tod führt, der begeht eine Tötungshandlung.

479 Die unzutreffende Einordnung des Gisela-Falles disqualifiziert diese Auffassung nicht zwingend im Allgemeinen. In der Tendenz dürfte die Auffassung (jedenfalls im Vergleich zum Tatherrschaftskriterium) zu einem eingeschränkteren Begriff der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung führen. Die Schwäche dieser Auffassung besteht aber darin, dass sie voraussetzt, was sie zu beantworten versucht: Um zu wissen, ob durch ein bestimmtes Verhalten ein missbilligtes Risiko geschaffen wurde oder nicht, muss man wissen, ob es sich um eine Fremdgefährdung oder eine Mitwirkung an der Selbstgefährdung handelt.[1968]

c. Restriktive Anerkennung der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung

480 Ausgehend vom Einheitstäterbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt vertritt *Jetzer* im Anschluss an *Puppe* konsequenterweise die Auffassung, dass prinzipiell jede pflichtwidrige Mitwirkung an der Herbeiführung des tatbestandsmässigen Erfolges als Fremdgefährdung zu qualifizieren sei.[1969] Solange sich beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht bestimmen lasse, wann ein fahrlässiger Beitrag zum Gefährdungsgeschehen bloss teilnehmenden Charakter habe, sei die Tatbestandslosigkeit des Verhaltens des Mitwirkenden unbegründet.[1970] Der fahrlässige Beitrag zum Gefährdungsgeschehen sei daher nicht als Teilnahme an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung straflos, sondern als täterschaftliche Fremdgefährdung, unter dem Vorbehalt einer Einwilligung, prinzipiell strafbar.[1971] Die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung will sie nur, aber immerhin, ganz restriktiv anerkennen, und

1967 *Murmann,* Selbstverantwortung, 361.

1968 Der Grund hierfür dürfte nicht zuletzt darin liegen, dass für das tatbestandsmässige Verhalten letztlich die Strafwürdigkeit entscheidend ist, über die die Richter:in im jeweiligen Einzelfall entscheiden solle. Siehe hierzu, *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 70 ff., insb. 80; dazu *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 56.

1969 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 160 f. und N. 172 ff.

1970 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 160 f. und N. 174 f.

1971 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 174 f., zur Einwilligung in das Risiko, a.a.O. N. 225 ff. und N. 310.

zwar in Fällen, in denen die Handlung des Opfers zeitlich auf diejenige des Mitwirkenden folgt.[1972] Fälle, bei denen sich die Beiträge zum Gefährdungsgeschehen ineinander verschränken, sollen hingegen über die Einwilligung in das Risiko gelöst werden.[1973] Durch die restriktive Anerkennung der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung relativiert *Jetzer* aber die für ihre Auffassung grundlegende Annahme, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt aufgrund des Einheitstäterbegriffes nicht zwischen den Beteiligungsformen unterschieden werden könne.

d. Würdigung

481 Bei der Abgrenzung zwischen Mitwirkung an der Selbstgefährdung und Fremdgefährdung ist richtigerweise darauf abzustellen, ob die beschuldigte Person oder das Opfer die unmittelbar schädigende oder gefährdende Handlung vornimmt.[1974] Darüber besteht im Grunde Einigkeit – jedoch nur, solange sich diese Feststellung einfach treffen lässt.[1975] Sobald die beschuldigte Person aber gemeinsam handelt, die Gefährdung also in «Quasi-Mittäterschaft» begeht, wird häufig davon ausgegangen, dass solange von einer Selbstgefährdung des Opfers auszugehen sei, als dieses die Herrschaft über das gefährdende Geschehen habe.[1976] Dieser Wechsel der Perspektive von der beschuldigten Person zum Opfer vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil für die Beurteilung des Verhaltens der beschuldigten Person in erster Linie ihr eigenes Verhalten entscheidend ist. Dass das Opfer an einer gefährlichen Tätigkeit aktiv mitgewirkt hat, sollte nichts daran ändern, dass das Verhalten der beschuldigten Person phänomenologisch als Fremdgefährdung zu beurteilen ist, sofern sie durch ihr Verhalten eine unmittelbare Gefahr für die Rechtsgüter des Opfers schafft.[1977] Der Grund, weshalb etwa beim Gisela-Fall versucht wird, eine Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstschädigung anzunehmen und (irgendwie) zu begründen, dürfte letztlich darin liegen, dass die Annahme einer Fremdgefährdung aufgrund der Einwilligungsschranken zur unerwünschten Strafbarkeit des Beschuldigten führen würde.[1978] Dieses Ergebnis mag das Rechtsgefühl stören oder auch mit Blick auf

1972 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 177 f.

1973 *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung, N. 179 ff.

1974 So Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 111.

1975 Siehe oben N. 476 und N. 478 f.

1976 So Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 113; *ders.,* JuS 2012, 579; *Kühl,* Jura 2010, 83.

1977 Insofern richtig BGHSt 53, 55, 60 f.

1978 Gegen die Anwendbarkeit der Einwilligungsschranken auf die Selbstschädigung und -gefährdung etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 110.

kriminalpolitische Überlegungen unerwünscht sein, aus dogmatischer Sicht erscheint es jedoch allemal richtig.

482 Hält man bei der Abgrenzung zwischen der Mitwirkung an der Selbstgefährdung und der Fremdgefährdung konsequent am an sich richtigen Massstab fest, der darauf abstellt, ob die beschuldigte Person die Gefahr unmittelbar oder bloss mittelbar herbeigeführt hat, so lassen sich Schwierigkeiten bei der Abgrenzung durchaus vermeiden.

4. Fazit

483 Die gesamte Diskussion um den Ausschluss der objektiven Zurechnung in Fällen der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung scheint – insbesondere mit Blick auf die Abgrenzung der beiden Fallkonstellationen – erheblich von kriminalpolitischen Überlegungen und einzelfallbezogenen Billigkeitserwägungen geprägt zu sein.[1979] Ebendies führt dazu, dass die Sicht auf die richtigen und an sich naheliegenden dogmatischen Lösungen teilweise verstellt und die Debatte dadurch unnötig verkompliziert wird.

484 Richtig ist, dass aus der Anerkennung der Autonomie des einzelnen Individuums folgen muss, dass in Fällen der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung in der Regel kein Unrecht verwirklicht wird.[1980] Dass die Eigenverantwortlichkeit der Rechtsgutsträger:in in beiden Fallkonstellationen zu demselben Ergebnis, nämlich zur Straflosigkeit der mitwirkenden oder der einverständlich gefahrschaffenden Person führen muss, bedeutet aber keineswegs, dass die beiden Fallkonstellationen auch dogmatisch gleich behandelt werden müssen.[1981]

485 Angesichts dessen, dass die beschuldigte Person bei der *einverständlichen Fremdgefährdung* eine unmittelbare Gefahr für ein fremdes Rechtsgut

1979 Vgl. etwa *Menrath,* Einwilligung in ein Risiko 94;

1980 Ausnahmen können sich aber etwa ergeben, wenn Einwilligungsschranken eingreifen oder wenn die an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung mitwirkende Person aufgrund einer Garantenstellung dazu verpflichtet wäre, die Selbstgefährdung zu verhindern. Zu Letzterem *Jetzer,* Einverständliche Fremdgefährdung,

1981 So aber *Cancio Meliá,* ZStW 111 (1999), 366 ff.; *Otto,* FS Tröndle, 170; *Timpe,* ZJS 2009, 175, die bereits eine Unterscheidung zwischen der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung ablehnen. In einem weiteren Sinne auch *Roxin,* FS Gallas, 252; *ders.,* GA 2012, 657; *ders.,* AT I[4], § 11 N. 123; ferner *Eicker,* recht 2009, 150 f.; *Geppert,* Jura 2001, 493; *Hellmann,* FS Roxin, 282; S/S[30]-*Sternberg-Lieben,* vor § 32 N. 106, wonach die einverständliche Fremdgefährdung zu einem Ausschluss der Zurechnung führen soll, sofern sie der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung in allen relevanten Aspekten gleichsteht.

schafft, fällt das Verhalten deutlich in den Kreis derjenigen Verhaltensweisen, die durch strafrechtliche Verhaltensnormen grundsätzlich verhindert werden sollen. Ob das unmittelbar rechtsgutsgefährdende Verhalten ein strafrechtliches Unrecht begründet, hängt hier alleine davon ab, ob die Rechtsgutsträger:in wirksam in die gefährdende Handlung eingewilligt hat.[1982] Weil sich die Einwilligung richtigerweise nur auf die Handlung zu beziehen hat, gibt es keinen Anlass, zur Lösung solcher Fallkonstellationen eine neue Rechtsfigur zu schaffen.

486 Bei der *Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung* ist das Verhalten der beschuldigten Person hingegen gerade nicht unmittelbar gefährlich.[1983] Eine unmittelbare Gefahr entsteht vielmehr erst durch das nachträgliche Verhalten der Rechtsgutsträger:in selbst. Da die mitwirkende Person nach dem Verantwortlichkeitsprinzip nicht für das eigenverantwortliche Verhalten anderer Personen verantwortlich ist, muss vom Boden einer liberalen Rechtsordnung aus bezweifelt werden, ob das Verhalten der mitwirkenden Person aus dem Blickwinkel des einschlägigen Erfolgsdelikts beziehungsweise der diesem Erfolgsdelikt zugrundeliegenden Verhaltensnorm überhaupt als strafrechtlich relevant anzusehen ist. Deswegen wird man solche Fälle, obwohl bei der Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit auf die für die Einwilligung massgeblichen Massstäbe abzustellen ist, nicht über die Einwilligung lösen, sondern die Strafbarkeit wegen eines Erfolgsdelikts bereits früher verneinen.

C. Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen gegenüber Dritten

487 Nicht abschliessend geklärt ist, ob und inwieweit die objektive Zurechnung unter Verantwortlichkeitsgesichtspunkten auszuschliessen ist, wenn die beschuldigte Person durch ihr Verhalten eine durch eine Drittperson begangene Fremdschädigung ermöglicht, veranlasst oder fördert.[1984] Auch *Roxin* stellt fest, dass die Lehre von der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen noch nicht hinreichend ausgearbeitet sei und sich darüber keine gesicherten und allgemeingültigen Aussagen treffen liessen.[1985] Zu beachten ist auch, dass sich die unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung von Verantwort-

1982 Siehe oben N. 472.

1983 Siehe oben N. 446 und N. 455 f.

1984 *Kühl,* AT[8], § 4 N. 83; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 72; *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 5.

1985 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 106 (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106).

lichkeitsbereichen diskutierten Fragestellungen mit denjenigen überschneiden, die beim Vorsatzdelikt überwiegend über die Beteiligungsformenlehre gelöst werden.[1986]

488 Historisch wurden die hier aufgeworfenen Probleme oftmals unter dem Begriff des *Regressverbotes* diskutiert.[1987] Nach der älteren, insbesondere von *Frank* geprägten, Lehre des Regressverbots sollte vorsätzliches Handeln zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges führen.[1988] Demnach sollte das fahrlässige Veranlassen einer Vorsatztat stets straflos bleiben, weil das fahrlässige Verhalten der Veranlasser:in hinsichtlich des von der vorsätzlich handelnden Person unmittelbar herbeigeführten Erfolgs nicht als ursächlich angesehen werden könne.[1989] Dieses Verständnis des Regressverbotes gilt heute weitgehend als überholt.[1990] Die der Regressverbotslehre zugrundeliegenden Überlegungen werden aber in Teilen der Literatur nach wie vor für richtig befunden.[1991] Sofern in der neueren Literatur aber von einem Regressverbot die Rede ist, wird damit keineswegs zwingend eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges gefordert. Vielmehr wird das Regressverbot heute oftmals über das Autonomie- oder Verantwortlichkeitsprinzip begründet und systematisch bei der Bestimmung des missbilligten Risikos, bei der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen oder aber im Rahmen der Beteiligungslehre Berücksichtigung finden.[1992]

489 In der Literatur und Rechtsprechung stösst ein striktes Regressverbot aber überwiegend auf Ablehnung.[1993] So hat etwa das Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, es gebe keinen Grund, die Möglichkeit einer «Fahrlässigkeitszurechnung» neben der Vorsatztat auszuschliessen, wenn ein «unvorsätzlich Handelnder die intolerable Gefahr einer Vorsatztat geschaffen hat».

1986 Eingehend *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 176 ff.

1987 Eingehend zur Entwicklung des Regressverbots, *Diel,* Regressverbot, 29 ff.; *Wehrle,* Regressverbot, 20 ff.; ferner *Ling,* Unterbrechung des Kausalzusammenhanges, 43 ff.

1988 *Frank,* Strafgesetzbuch[18], 14 f.

1989 Die Veranlassung einer fremden Vorsatztat sollte demnach nur strafbar sein, sofern die Voraussetzungen der Teilnahme erfüllt sind. *Frank,* Strafgesetzbuch[18], 14; dazu auch *Wehrle,* Regressverbot, 33 ff.; *Hruschka,* ZStW 110 (1998), 581 f.

1990 *Frister,* AT[8], 10/15; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 26; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 50; LK[12]-*Walter,* vor § 13 N. 103 (ebenso LK[13]-*Walter,* vor § 13 N. 103); für eine individualisierende Kausalitätstheorie spricht sich aber Haas, Kausalität, 162 ff. und 184 ff. aus. Wohlwollend Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 118 ff.

1991 *Diel,* Regressverbot, 375 ff.; *Jakobs,* AT[2], 7/52 ff. und 24/13 ff.; *ders.,* ZStW 89 (1977), 1 ff.; *Otto,* GK[7], § 6 N. 53 ff.; *ders.,* FS Lampe, 502 ff.; *ders.,* FS Spendel, 278 ff.; in diese Richtung schon *ders.,* FS Maurach, 96 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 58 ff.; 151 f.

1992 Vgl. etwa *Hruschka,* ZStW 110 (1998), 581; *Renzikowski,* Täterbegriff, 67 ff. und 112 ff.

1993 BGE 135 IV 56 E. 3.3; *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 26 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 50 ff.

Die Lösung liege daher nicht in einem «absoluten Regressverbot». Vielmehr müsse es darum gehen, «die Grenzen des Vertrauensgrundsatzes und der Verantwortlichkeiten abzustecken».[1994] Für die Bestimmung dieser Grenzen könne etwa von Bedeutung sein, ob «der Vorsatztäter erkennbar tatgeneigt oder infolge von Defiziten in seiner Verantwortlichkeit eingeschränkt» war.[1995]

490 Damit ziehen die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre den Kreis der tatbestandsmässigen Verhaltensweisen beim Fahrlässigkeitsdelikt wesentlich weiter als beim Vorsatzdelikt. Während nämlich die vorsätzliche Veranlassung einer fremden Vorsatztat nur als Teilnahme an dieser Vorsatztat bestraft werden kann, soll die fahrlässige Veranlassung als fahrlässige Nebentäterschaft strafbar sein.[1996] Dennoch wird aus den Ausführungen des Bundesgerichts auch deutlich, dass auch die herrschende Meinung – trotz des beim Fahrlässigkeitsdelikt vermeintlich geltenden Einheitstäterbegriffs – den (sorgfaltswidrig) herbeigeführten Erfolg der Erstverursacher:in nicht völlig unbesehen objektiv zurechnen will.[1997]

491 Dass der Erfolg der Erstverursacher:in beim Hinzu- oder Dazwischentreten nicht ohne Weiteres objektiv zugerechnet werden kann, ergibt sich zum Teil bereits aus dem Erfordernis der Risikoverwirklichung.[1998] Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, auch an dieser Stelle die dort vorgenommene Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Gefahrschaffung aufzugreifen.[1999] Nachfolgend werden daher zunächst diejenigen Fallkonstellationen untersucht, bei denen die Erstverursacher:in eine unmittelbare Gefahr für ein fremdes Rechtsgut geschaffen hat und das nachfolgende Hinzu- oder Dazwischentreten einer Drittperson nicht bereits zur Verneinung der Risikoverwirklichung führt (1.). In einem zweiten Schritt sind diejenigen Fallkonstellationen zu untersuchen, in denen ein Verhalten gerade wegen des zu erwartenden Hinzu- oder Dazwischentretens von Drittpersonen als missbilligte Risikoschaffung zu beurteilen sind (2.).

1994 BGE 135 IV 56 E. 3.3.

1995 BGE 135 IV 56 E. 3.3 mit Hinweis auf *Roxin,* AT I[4], § 24 N. 26 ff.; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 50 ff.

1996 Vgl. etwa *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 44 f. und N. 49; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 15 N. 68 ff. und 71 ff.; ferner *Kühl,* AT[8], § 20 N. 10 und § 4 N. 49 und N. 83; kritisch *Hruschka,* ZStW 110 (1998), 609 f.; *Otto,* FS Spendel, 273 f.; ferner *Renzikowski,* Täterbegriff, 261 ff.

1997 BGE 135 IV 56 E. 3.3.

1998 Zu diesem Problem bereits oben N. 395 ff.

1999 Zu dieser Abgrenzung auch *Eisele,* FS Kühl, 165 ff.; ferner S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 142 f.

1. Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen bei unmittelbarer Gefahrschaffung

492 Ein Teil der Literatur will beim nachträglichen Hinzu- oder Dazwischentreten von Drittpersonen für den Ausschluss der objektiven Zurechnung auf die Schwere des Fehlverhaltens abstellen. Auszuschliessen sei die objektive Zurechnung demnach, wenn die dazwischentretende Person vorsätzlich oder zumindest grobfahrlässig handle.[2000] Dies wird teilweise damit begründet, dass es in Fällen eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der hinzutretenden Person aus Sicht der Erstverursacher:in an der objektiven Voraussehbarkeit des Erfolges fehle.[2001] Ein Teil der Literatur vertritt hingegen eine differenzierende Auffassung, wonach danach zu unterscheiden ist, ob das Fehlverhalten der hinzutretenden Person in einem Tun oder Unterlassen zu sehen ist.[2002] Dagegen wird aber eingewendet, dass die Unterscheidung, ob das Fehlverhalten nun in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen zu sehen sei, oftmals kaum durchführbar sei und es mithin vom Zufall abhänge, wie das Ergebnis im Einzelfall ausfalle.[2003] Eine dritte, insbesondere von *Puppe* vertretene Lehrmeinung geht schliesslich davon aus, dass das nachträgliche Fehlverhalten von Drittpersonen die objektive Zurechnung des Erfolges prinzipiell nicht ausschliessen soll.[2004] Da *Puppe* in solchen Fallkonstellationen eine Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen für nicht einschlägig oder verfehlt hält, können solche Erwägungen ihrer Meinung nach nicht gegen die objektive Zurechnung des Erfolges aufgeführt werden.[2005] Ob dies zutrifft, kann freilich nur beantwortet werden, wenn die Überlegungen zur Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen sauber von den Erwägungen zur Risikoverwirklichung getrennt werden. Es gilt daher, diejenigen Fragestellungen zu isolieren, deren Lösung sich nicht bereits aus den Anforderungen an den Risikozusammenhang ergibt.

493 Hat die beschuldigte Person durch ihr Verhalten eine unmittelbare Gefahr für ein fremdes Rechtsgut geschaffen, beispielsweise indem sie einer anderen Person eine Stichverletzung zufügt und dadurch eine unmittelbare

2000 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 142 und N. 82 ff.; SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 134.

2001 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 142 und N. 82 ff.

2002 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 423 ff., 430 ff.; *Roxin/Greco,* AT I[5], §11 N. 140 ff.; SK[6]-*Rudolphi,* vor §1 N. 74; *ders.,* Jus 1969, 555;

2003 SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 134.

2004 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 245 ff.

2005 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 245.

Lebensgefahr schafft, so ist dieses Verhalten objektiv zweifelsfrei als missbilligte Risikoschaffung zu qualifizieren. Wird das Opfer nun in ein Spital verbracht und stirbt dort an den Folgen eines von einer anderen Person verursachten Brandes, so ist der Erstverursacher:in der Erfolg bereits unter den Gesichtspunkten der Risikoverwirklichung nicht zuzurechnen: Die Gefahr eines Verbrennungs- oder Erstickungstodes war nicht der Grund, weshalb das Zufügen der Stichverletzung im Tatzeitpunkt als missbilligte Risikoschaffung anzusehen war.[2006] War der konkrete Erfolgseintritt nicht in der Ausgangsgefahr angelegt, so ist unerheblich, ob der hinzu- oder dazwischentretenden Person hinsichtlich der unmittelbareren Herbeiführung des Erfolges ein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden kann oder nicht.[2007] Wie bereits erwähnt, kann es aber sein, dass in der unmittelbar herbeigeführten Ausgangsgefahr auch missbilligte Begleitrisiken angelegt sind, die gerade deshalb missbilligt sind, weil und soweit durch die Schaffung der Ausgangsgefahr auch das spezifische Risiko eines naheliegenden Fehlverhaltens einer Drittperson geschaffen wird.[2008] Diese Begleitrisiken stellen aber einen Unterfall der mittelbaren Gefahrschaffung dar. Wird die unmittelbare Ausgangsgefahr etwa durch ein ärztliches Fehlverhalten verdrängt, so ist deshalb nach den Massstäben für die mittelbare Gefahrschaffung zu entscheiden, ob die Schaffung der Ausgangsgefahr *auch* wegen des spezifischen Risikos der Veranlassung des ärztlichen Fehlverhaltens missbilligt war.[2009]

494 Als Problem der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen bei unmittelbarer Gefahrschaffung verbleiben daher zunächst nur diejenigen Fälle, in denen sich die von der beschuldigten Person unmittelbar herbeigeführte Ausgangsgefahr gerade deshalb realisiert hat, weil eine Drittperson, beispielsweise eine Ärzt:in, eine gebotene Rettungshandlung unterlässt.[2010] *Roxin* will in Fällen eines ärztlichen Fehlverhaltens an die Schwere des Fehlverhaltens anknüpfen: Wird das von der Erstverursacher:in verletzte Opfer von der Ärzt:in nicht oder nicht hinreichend behandelt, so soll der Erstverursacher:in der Erfolg nicht objektiv zugerechnet werden, sofern die gebotene Behandlung von der Ärzt:in vorsätzlich oder grobfahrlässig unter-

2006 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 442 f.; ablehnend, NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 254.

2007 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 437 ff., 442 f.; *Jakobs,* Studien, 92 ff.; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 74.

2008 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 408 ff.; siehe auch oben N. 397 f.

2009 Ähnlich auch *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 141; vgl. auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 408 ff., 433 ff.; dazu eingehend unten, N. 500 ff.

2010 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 143 f. (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 143 f.); gegen eine Unterscheidung danach, ob das nachträgliche Fehlverhalten einer Drittperson in einem Tun oder Unterlassen zu sehen ist, SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 134; NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 252.

lassen wurde.[2011] *Roxin* begründet den Zurechnungsausschluss bei schwerem Fehlverhalten mit kriminalpolitischen Erwägungen: Bei einem schweren Fehlverhalten erlange das ärztliche Fehlverhalten im Vergleich zu dem von der Erstverursacher:in geschaffenen Ausgangsrisiko ein solches Übergewicht, dass kriminalpolitisch sowohl unter generalpräventiven als auch unter spezialpräventiven Gesichtspunkten kein Bedürfnis bestehe, den Erfolg zusätzlich auch noch der Erstverursacher:in zuzurechnen.[2012]

495 Gegen diese Auffassung wird aber insbesondere von *Frisch* eingewendet, dass das gefährdende Verhalten unabhängig davon eine missbilligte Risikoschaffung darstelle, ob Drittpersonen Hilfe leisten können oder nicht.[2013] Der Bereich der Gefahren, denen die Verhaltensnorm durch das Verbot der gefährlichen Handlung entgegentreten wolle, umfasse mithin auch das Risiko, dass sich die von der Erstverursacher:in geschaffene Gefahr nicht mehr erfolgreich beheben lasse. Weil nun die Verbotsnorm auch diese Risiken im Auge habe, realisiere sich mit dem Erfolgseintritt ein von der Verhaltensnorm missbilligtes Risiko. Daran ändere sich auch nichts, wenn das Ausbleiben der gebotenen Rettungsmassnahmen auf einem Fehlverhalten beruhe.[2014] Dabei stützt *Frisch* seine Lösung auch auf teleologische Erwägungen ab:

> «Das ärztliche Verhalten hebt nicht die Möglichkeit einer Verdeutlichung des Sinngehalts des Gefährdungsverbots auf, sondern gibt nur Anlaß, auch weitere Normsinngehalte (Pflicht des Arztes!) zu verdeutlichen.»[2015]

496 Die von *Frisch* angestellten Überlegungen erscheinen plausibler und müssen daher den Vorzug verdienen. Angesichts dessen, dass sich das ärztliche Fehlverhalten bei einem Unterlassen faktisch gar nicht auf die Realisierung der Ausgangsgefahr auswirkt, ist nicht ersichtlich, weshalb und inwiefern dieses Fehlverhalten die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit hinsichtlich des

2011 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 143 (ebenso *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 143); vgl. auch *Burgstaller,* FS Jescheck, 365; *Puppe,* NStZ 1983, 24; kritisch *Schünemann,* JA 1975, 719

2012 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 143, ähnlich schon § 11 N. 138, wonach die Ratio des auf der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen beruhenden Zurechnungsausschlusses darin bestehe, dass bestimmte Berufsträger:innen für die Beseitigung und Überwachung von Gefahrenquellen zuständig seien, und zwar in einer Weise, dass aussenstehende Personen ihnen nicht hineinzureden haben (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 143 und N. 138). Kriminalpolitisch müsse dann aus dieser Kompetenzzuweisung aber sinnvollerweise die Konsequenz gezogen werden, die erstverursachende Person von Folgen zu entlasten, die durch ein schädigendes Verhalten von Berufsträger:innen herbeigeführt werden. Vgl. ferner *Burgstaller* FS Jescheck, 365

2013 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430 ff.; *Otto,* FS Lampe, 502; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 74; *ders.,* Jus 1969, 555 f.

2014 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 431 f.

2015 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 432.

Verhaltens der Erstverursacher:in Frage stellen soll.[2016] Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Möglichkeit medizinischer Behandlungen bereits bei der Frage nach der Missbilligung des Verhaltens, das die Ausgangsgefahr begründet, berücksichtigt wird.[2017] In der Rechtsprechung wird dies teilweise durchaus getan, wie etwa BGE 139 IV 214 zeigt. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht unter Berufung auf «die wissenschaftlichen Erkenntnisse und der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten» festgehalten, dass sich nicht mehr sagen lasse, dass eine HIV-Infektion generell lebensgefährlich im Sinne von Art. 122 Abs. 1 StGB sei.[2018]

497 Die Berücksichtigung von Behandlungsmöglichkeiten ist aber keineswegs unproblematisch. Zu beachten ist nämlich, dass die Ausgangsgefahr durch die blosse Möglichkeit einer Rettung oder Behandlung noch nicht ausgeräumt ist.[2019] Damit entsteht zunächst das Problem, dass selbst eine theoretisch einfach verfügbare Rettungsmöglichkeit im konkreten Einzelfall doch nicht zugänglich ist. Zu denken ist etwa an den Fall, dass jemand in nächster Nähe zu einem Spital niedergestochen wird und gerettet werden könnte, wenn eine beliebige Passant:in Hilfe herbeirufen würde, das Opfer aber doch stirbt, weil im relevanten Zeitraum keine Passant:innen vorbeikommen.[2020] Dass dies in diesem Beispielfall im Zeitpunkt der Tatausführung durchaus möglich erscheint, kann offensichtlich nicht dazu führen, dass hier die Schaffung einer Lebensgefahr negiert wird.[2021] Aus diesem Grund erscheint die Berücksichtigung von Behandlungsmöglichkeiten in Situationen, in denen die Behandlung zeitnah erfolgen muss, unzulässig. Dementsprechend kann auch die Unterlassung einer zeitlich dringlichen Rettung oder Behandlung durch eine dazu verpflichtete Drittperson für die Erstverursacher:in nicht entlastend wirken.[2022] Die Berücksichtigung von Behandlungsmöglichkeiten bei der Beurteilung der Missbilligung eines Verhaltens kann sich daher von vornherein nur auf Behandlungsmöglichkeiten

2016 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 433; ebenso *Otto,* FS Lampe, 504 f.

2017 *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 432.

2018 BGE 139 IV 214 E. 3.3 ff.

2019 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430.

2020 Denkbar wäre auch, dass Passant:innen zwar vorbeikommen, aber keine Hilfe leisten. Siehe hierzu auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430. Dass Passant:innen in diesem Fall grundsätzlich keine Garantenstellung im Hinblick auf die Rettung der niedergestochenen Person, sondern lediglich eine Hilfspflicht im Sinne von Art. 128 Abs. 1 Var. 2 StGB innehätten, ist hier m.E. irrelevant.

2021 Dass die Möglichkeit eines glücklichen Ausgangs die Annahme einer Gefahr nicht ausschliesst, ergibt sich im Grunde bereits aus dem Begriff der Gefahr, der gerade die realiter bestehende Möglichkeit eines schädlichen Ausgangs bezeichnet.

2022 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430 ff.

in Zusammenhang mit der mittel- oder längerfristigen Versorgung einer Verletzung oder Schädigung beziehen.[2023] Neben Behandlungen von HIV-Infektionen könnte hier auch an die Nachbehandlung von Wunden zur Vorbeugung von Infektionen oder an Rehabilitationstherapien gedacht werden.

498 Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Berücksichtigung von Behandlungsmöglichkeiten bei der Frage nach der (spezifischen) Missbilligung eines Verhaltens sind damit aber noch nicht ausgeräumt. Ein weiteres Problem bei der Berücksichtigung solcher Behandlungsmöglichkeiten besteht nämlich darin, dass damit stillschweigend angenommen wird, dass das Opfer von solchen Behandlungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen hat.[2024] Auch bei mittel- oder längerfristigen Behandlungen gilt, dass die blosse Verfügbarkeit von Behandlungsmöglichkeiten die Ausgangsgefahr noch nicht bannt.[2025] Dass eine HIV-Infektion «angesichts der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der medizinischen Behandlungsmöglichkeiten» heute nicht mehr generell als Lebensgefahr erscheint,[2026] ändert freilich nichts daran, dass eine unbehandelte HIV-Infektion lebensgefährlich ist.[2027] Wird eine Ansteckung mit HIV also nicht mehr als lebensgefährliche Körperverletzung nach Art. 122 Abs. 1 StGB beurteilt, so wird vorausgesetzt, dass das Opfer die Behandlung in Anspruch nehmen wird, um diese Lebensgefahr abzuwenden.[2028] Nun mag es freilich unvernünftig erscheinen, auf eine solche Behandlung zu verzichten. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, dass deshalb das Opfer selbst für den Eintritt des Erfolges zuständig ist.[2029]

499 Würde man nun die objektive Zurechnung des Erfolges ausschliessen, weil eine mögliche Behandlung ausbleibt, die den Eintritt des Erfolges ver-

2023 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Behandlungsmöglichkeiten bei HIV-Infektionen (BGE 139 IV 214 E. 3.3 ff.) darf daher nicht auf beliebige Konstellationen übertragen werden.

2024 So etwa BGE 139 IV 214 E. 3.4.2.

2025 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 430.

2026 BGE 139 IV 214 E. 3.3

2027 Vgl. etwa BGE 125 IV 242 E. 2bdd

2028 BGE 139 IV 214 E. 3.4.2: «Damit fehlt es heute – *unter der Voraussetzung medizinischer Behandlung* – an der erheblichen Wahrscheinlichkeit eines tödlichen Verlaufs und folglich an der Lebensgefahr der HIV-Infektion im Sinne der Tatbestandsvariante von Art. 122 Abs. 1 StGB.»

2029 Richtigerweise geht daher NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 247 davon aus, dass die Zurechnung einer unerlaubt verursachten Gefahr zur Erstverursacher:in nur, aber immerhin, dann ausgeschlossen werden könne, wenn die gefährdete Person in die Realisierung der Gefahr einwillige, beispielsweise indem sie eine lebensrettende Operation verweigere, weil sie sterben wolle. Dies setzt aber voraus, dass die Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung gegeben seien, was nur dann der Fall sei, wenn es keinen nachvollziehbaren Grund für die Verweigerung gebe.

hindert hätte, so setzt man voraus, dass die Behandlung hätte stattfinden sollen. Damit würde man der beschuldigten Person gewissermassen einen Anspruch auf die Durchführung der Behandlung zuschreiben und dem Opfer umgekehrt die Obliegenheit auferlegen, sich der Behandlung zu unterziehen. Gerade bei Behandlungsmöglichkeiten, die mit einen erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität verbunden sind oder die – wie Kombinationstherapien zur Behandlung von HIV – mit der lebenslangen Einnahme von Medikamenten verbunden sind,[2030] lässt sich die Annahme einer solchen Pflicht nicht rechtfertigen.[2031] Aus diesem Grund wird das Ausbleiben einer möglichen Behandlung die objektive Zurechnung in aller Regel nicht ausschliessen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Behandlung ausbleibt, weil eine Drittperson sie pflichtwidrig unterlässt oder weil das Opfer auf die Behandlung verzichtet. Der Grund dafür liegt darin, dass in dieser Konstellation nur eine Behandlung, in die das Opfer eingewilligt hat, von einer Drittperson pflichtwidrig unterlassen werden kann.

500 Hat die beschuldigte Person eine missbilligte Ausgangsgefahr geschaffen, so führt das nachträgliche Verhalten einer anderen Person dann zur Verneinung der objektiven Zurechnung des Erfolgs, wenn die Ausgangsgefahr durch das Verhalten der hinzu- oder dazwischentretenden Person verdrängt wird, sodass sie sich nicht mehr im Erfolg verwirklicht. Hat die beschuldigte Person eine Gefahr geschaffen, die sich im Erfolg verwirklicht hat, so schliesst das Ausbleiben einer möglichen Rettung oder Behandlung die objektive Zurechnung des Erfolges nicht mehr aus. Das Bestehen einer Behandlungsmöglichkeit kann der beschuldigten Person daher in der Regel nur dann zugutekommen, wenn tatsächlich davon Gebrauch gemacht wird. Bleibt eine Behandlung – aus welchen Gründen auch immer – aber aus, so entlastet dies die beschuldigte Person prinzipiell nicht.

2030 Zu den Belastungen, die Kombinationstherapien mit sich bringen, BGE 139 IV 214 E. 3.4.4: «Die Therapien stellen hohe Anforderungen an die Disziplin eines Betroffenen. Die Medikamente müssen ein Leben lang streng vorschriftsgemäss eingenommen werden (Therapietreue) und können zu körperlichen und/oder seelischen Nebenwirkungen mit Beeinträchtigung der Lebensqualität führen. Überdies besteht das Risiko von Resistenzentwicklungen, Wechselwirkungen mit andern Medikamenten und unerwünschten Langzeitnebenwirkungen (wie etwa dauerhafte Organschädigungen etc.). Aus dieser beispielhaften Aufzählung erhellt, dass ein Betroffener infolge der HIV-Ansteckung trotz verbesserter Behandlungsmethoden und Medikamentenverträglichkeit nach wie vor komplexen physischen und psychischen Belastungen ausgesetzt ist bzw. sein kann. Alleine die Gewissheit, mit dem heute noch nicht heilbaren HI-Virus infiziert zu sein, kann zu einer Erschütterung des seelischen Gleichgewichts führen.»

2031 Zulässig erschiene die Annahme einer Schadensminderungspflicht des Opfers nur mit Blick auf Behandlungen, die für das Opfer lediglich mit ganz geringfügigen Einschränkungen verbunden sind.

2. Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen bei der mittelbaren Gefahrschaffung

501 Es bleiben diejenigen Fallkonstellationen zu untersuchen, in denen ein bestimmtes Verhalten nicht für sich, sondern gerade *aufgrund eines zu erwartenden Hinzu- oder Dazwischentretens von Drittpersonen* als riskant erscheint. Gemeint sind in erster Linie Verhaltensweisen, die für sich genommen nicht unmittelbar gefährlich sind, die aber das Risiko einer unmittelbar gefährlichen Anschlusshandlung einer anderen Person schaffen. Es gilt daher zu untersuchen, nach welchen Massstäben zu beurteilen ist, ob ein Verhalten gerade wegen des Risikos der Ermöglichung, Veranlassung oder Förderung einer unmittelbaren Gefahrschaffung durch eine Drittperson als Fehlverhalten anzusehen ist.

502 Mit Blick auf diese Fragestellung können in der zeitgenössischen Literatur im Wesentlichen zwei Lösungsansätze unterschieden werden, die nachfolgend näher untersucht werden sollen.[2032] Der erste Ansatz, der wohl von der herrschenden Meinung vertreten wird, geht dahin, dass auf den Vertrauensgrundsatz abgestellt wird (a.). Der zweite Lösungsansatz knüpft hingegen mit dem Verantwortlichkeitsprinzip primär an die Verantwortlichkeit der Person an, deren unmittelbare Gefahrschaffung durch das zu beurteilende Verhalten ermöglicht, veranlasst oder gefördert wird (b.).

a. Vertrauensgrundsatz

503 Nach dem Vertrauensgrundsatz darf in der Regel darauf vertraut werden, dass sich andere Personen auch rechtmässig verhalten. Wie bereits erwähnt, wird der Vertrauensgrundsatz teilweise mit einer Interessenabwägung begründet,[2033] wohingegen ein Teil der Literatur den Vertrauensgrundsatz auf das Verantwortlichkeitsprinzip zurückführt.[2034] Die zuletzt genannte Auffassung geht damit freilich von einem anderen Verständnis des Verantwortlichkeitsprinzips aus als diejenigen Autor:innen, die aus dem Verantwortlichkeitsprinzip schliessen, dass die Person, die die unmittelbare Begehung

2032 Beide Ansätze werden in unterschiedlichen Variationen vertreten, weshalb es teilweise auch zu Überschneidungen zwischen den beiden Ansätzen kommen kann. Eine vermittelnde Lösung wird etwa von SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 132 vertreten. Zu weiteren Ansätzen *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 231 ff.

2033 *Burgstaller,* Fahrlässigkeitsdelikt, 63; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 190 f.; *Krümpelmann,* FS Lackner, 298 ff.; *Kuhlen,* Produkthaftung, 133; *Roxin/Greco,* AT I[5], §24 N. 22; *Roxin,* FS Tröndle, 186 f.; *Schürer-Mohr,* Erlaubte Risiken, 116 f.; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §15 N. 65; LK[12]-*Vogel,* §15 N. 225 (LK[13]-*Vogel/Bülte,* §15 N. 225).

2034 *H. Schuhmann,* Selbstverantwortung, 10; *Jakobs,* ZStW 89 (1977), 13; *ders.,* AT[2], 7/51; *Murmann,* Nebentäterschaft, 241 f.; *ders.,* GK[5], §23 N. 51; *Stratenwerth,* FS Eb. Schmidt, 391 f.

einer Straftat durch eine andere, freiverantwortlich handelnde Person lediglich ermöglicht, veranlasst oder fördert, nicht für das deliktische Verhalten der anderen Person verantwortlich gemacht werden kann.[2035] Weil nach dem Vertrauensgrundsatz prinzipiell darauf vertraut werden darf, dass Drittpersonen das eigene Verhalten nicht als Anlass oder Hilfestellung für eine unmittelbare Gefahrschaffung zulasten einer Drittperson missbrauchen, dürfen völlig alltägliche Verhaltensweisen nicht bereits deshalb als Fehlverhalten angesehen werden, weil sie eine deliktische Anschlusshandlung faktisch begünstigen.[2036] In denjenigen Fällen, in denen der Vertrauensgrundsatz Anwendung findet, stimmt der auf den Vertrauensgrundsatz abstellende Ansatz im Ergebnis mit dem Ansatz überein, der im Sinne eines Regressverbots auf die (strafrechtliche) Verantwortlichkeit der unmittelbar handelnden Person abstellt.[2037]

504 Abweichungen ergeben sich aber teilweise dann, wenn die Ausnahmen vom Vertrauensgrundsatz eingreifen. Wie bereits dargelegt, findet der Vertrauensgrundsatz seine Grenzen dort, wo besondere Umstände vorliegen, die das Vertrauen auf das rechtmässige Verhalten Dritter ausschliessen. Nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen kann sich daher zunächst, wer zur Beaufsichtigung, Kontrolle oder Überwachung von Drittpersonen verpflichtet ist.[2038] Gleiches soll auch gelten, sobald im Einzelfall konkrete Hinweise auf ein bevorstehendes Fehlverhalten einer anderen Person vorliegen.[2039] Diese Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz gilt zunächst, wenn konkrete Anzeichen dafür vorliegen, dass ein Verhalten aufgrund eines bei einer Drittperson erkennbar vorliegenden Defizits zu einer unmittelbaren Gefahrschaffung beiträgt.[2040] Hier unterscheiden sich die auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden Lösungen nicht grundlegend von denjenigen, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person ins Zentrum ihrer Überlegungen stellen – weil das Defizit ja auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit in Frage stellt.[2041]

2035 Zu dem auf dem Verantwortlichkeitsprinzip beruhenden Regressverbot unten N. 510 ff.

2036 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 26; *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 46; vgl. auch SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 132.

2037 Siehe *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 27; *ders.,* FS Tröndle, 177.

2038 *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], § 15 N. 66.

2039 So etwa darf bei in Strassennähe spielenden Kindern nicht darauf vertraut werden, dass sie jederzeit die Verkehrsregeln beachten. Vgl. etwa BGE 115 IV 239 E. 2. Siehe auch oben N. 332.

2040 Vgl. BGE 135 IV 56 E. 3.3.

2041 S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101d; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 152; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 49; *Mitsch,* ZJS 2011, 130

505 Diskutiert wird diese erste Einschränkung des Vertrauensgrundsatz aber auch in Zusammenhang mit der fahrlässigen Veranlassung einer Vorsatztat.[2042] Auszuschliessen soll die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes nach *Roxin* demnach dann sein, wenn «ein Verhalten die erkennbare Tatgeneigtheit eines potenziellen Vorsatztäters fördert».[2043] Fraglich ist, ob dies voraussetzt, dass bei der Vornahme des zu beurteilenden Verhaltens durch die beschuldigte Person eine andere erkennbar zur Begehung einer Straftat geneigte Person anwesend sein muss.[2044] Nach *Puppe* soll dies aber nicht vorausgesetzt werden, vielmehr könne etwa bereits die «Gefährlichkeit der Örtlichkeit, etwa eines verrufenen Stadtviertels», ausreichen, um die Anwendbarkeit des Vertrauensgrundsatzes auszuschliessen: Allgemein lasse sich nur sagen, dass man eine andere Person einer solchen Gefahr, Opfer einer Straftat zu werden, nicht aussetzen dürfe, der sich ein besonnener Mensch nicht aussetzen würde.[2045] Wer etwa seinen Freund zum Spass betrunken mache, indem er ihm heimlich Schnaps in das Bierglas giesse, und ihn dann auf dem Bürgersteig im Rotlichtviertel zurücklasse, könne sich nicht mit dem Vertrauensgrundsatz entlasten, wenn dieser Opfer eines zufällig vorbeigehenden Raubmörders werde.[2046] Diese Auffassung erweist sich aber schon deshalb als problematisch, weil sie die Rechtsstellung von Personen verschlechtert, die sich in einer prekären sozioökonomischen Situation befinden und deshalb in Rotlichtvierteln oder anderweitig «verrufenen» Stadtvierteln leben.

2042 Für die Zurechnung *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 28; *ders.,* FS Tröndle, 190 ff.; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 49; dagegen S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101j; LK[12]-*Walter,* vor § 13 N. 108 f. (ebenso LK[13]-*Walter,* vor § 13 N. 108 f.); eingehend zur Problematik NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 167 ff.

2043 *Roxin,* FS Tröndle, 190 ff.; *ders.,* AT I[4], § 24 N. 28; ferner MK[3]-*Duttge,* § 15 N. 147 (ebenso MK[4]-*Duttge,* § 15 N. 147); *Gropp,* AT[4], § 12 N. 44; *Kühl,* AT[8], § 4 N. 49; *Schmoller,* FS Triffterer, 246; SK[6]-*Rudolphi,* vor § 1 N. 72; LK[11]-*Schroeder,* § 16 N. 184; einschränkend *Stratenwerth,* AT[2], N. 1162 und *Wolter,* Objektive und personale Zurechnung, 348 f., wonach nur die Förderung einer erkennbar zur Tat entschlossenen Person eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit begründen könne; eine weitergehende Einschränkung findet sich bei *Jakobs,* AT[2], 24/15 und *Stratenwerth,* AT I[4], § 16 N. 46. Nach SK[9]-*Jäger,* vor § 1 N. 132 soll bei der Frage nach der Erkennbarkeit der Tatgeneigtheit auf den Schutzzweck der jeweiligen Fahrlässigkeitsnorm abgestellt werden.

2044 Siehe die Deutung der von *Roxin,* FS Tröndle, 190 ff. und *ders.,* AT I[4], § 24 N. 28 vertretenen Auffassung bei NK[5]-*Puppe:* «Nach Roxin ist das Vorhandensein tatgeneigter oder tatbereiter Personen ein hinreichendes Indiz.» Da menschliche Kommunikation nicht erst seit der Entwicklung moderner Kommunikationsmittel auch über grosse Distanzen möglich ist, kann bei Veranlassung einer fremden Straftat keine physische Nähe zwischen der veranlassenden und der veranlassten Person verlangt werden.

2045 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 170.

2046 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 170; so schon *dies.,* Jura 1998, 26, je mit dem Hinweis, dass etwas anderes gelten möge, wenn der Freund den Betrunkenen in seiner Wohnung seinen Rausch ausschlafen lasse, wo er Opfer eines trotz verschlossener Tür eingedrungenen Einbrechers werde.

506 In der Literatur finden sich aber auch Stellungnahmen, die die Strafbarkeit der unvorsätzlichen Veranlassung einer Vorsatztat im Vergleich zu *Roxin* einschränken wollen: Nach *Jakobs* und *Stratenwerth* soll eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit einer Person, die eine Vorsatztat einer anderen Person ermöglicht, nur in Frage kommen, wenn der einzig denkbare Zweck dieses Verhaltens in der Förderung des Delikts liege.[2047] Ein Verhalten, das die durch eine Drittperson begangene Vorsatztat ermöglicht, veranlasst oder fördert, soll demnach nicht als Fehlverhalten gelten, wenn dieses Verhalten auch ohne die nachfolgende Vorsatztat sinnvoll erscheint.[2048] Diese Auffassung knüpft an den in Zusammenhang mit der Teilnahme entwickelten Massstab an, wonach zur Abgrenzung zwischen einer strafbaren Teilnahme und einer straflosen Alltagshandlung auf den deliktischen Sinnbezug des Verhaltens abzustellen sei.[2049] Begründet wird dies damit, dass das, was bei vorsätzlichem Handeln keine strafbare Deliktsbeteiligung sei, auch bei fahrlässigem Handeln keine sein könne.[2050] Diese einschränkende Auffassung wird aber dahingehend kritisiert, dass sie nicht durchführbar sei, weil es Handlungen, deren Zweck bei objektiver Beurteilung nur in einer Deliktsförderung liegen könne, abgesehen von gewissen Fällen der vorsätzlichen Teilnahme kaum gebe.[2051] Nicht zu übersehen ist aber, dass der Kreis der tatbestandsmässigen Verhaltensweisen selbst mit dieser Einschränkung weiter gefasst wird als der Kreis der Verhaltensweisen, die beim Vorsatzdelikt eine Täterschaft zu begründen vermögen.[2052] Auf der Grundlage eines restriktiven Täterbegriffs sind die Teilnahmenormen als Strafausdehnungsgründe anzusehen, weil Teilnehmer:innen eben gerade nicht Täter:innen sind, die den Tatbestand erfüllen.[2053]

507 Zu diskutieren bleibt noch die zweite Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz, die sich daraus ergibt, dass nur auf das rechtmässige Verhalten von Drittpersonen vertrauen kann, wer sich selbst rechtmässig verhält.[2054] Der Sinn des Vertrauensgrundsatzes bestehe nicht darin, die Haftung eines Schadensverursachers einzuschränken, dessen Sorgfaltspflichtverletzung bereits feststehe, sondern diene gerade dazu, die Sorgfaltspflicht des Beteiligten selbst

2047 *Jakobs,* AT², 24/15 und *Stratenwerth,* AT I⁴, §16 N. 46.

2048 *Jakobs,* AT², 24/15 und *Stratenwerth,* AT I⁴, §16 N. 46.

2049 *Stratenwerth,* AT I⁴, §13 N. 130 m.w.N.

2050 *Stratenwerth,* AT I⁴, §16 N. 46.

2051 *Roxin,* FS Tröndle, 190; *Wehrle,* Regressverbot, 73 ff.;

2052 Kritisch dazu *Otto,* FS Spendel, 273.

2053 *Roxin,* AT II, §25 N. 5; zum Verhältnis von Tatbestand und Täterschaft unten N. 534 ff.

2054 NK⁵-*Puppe,* vor §13 N. 165 f. und N. 252; dazu schon oben N. 331.

zu bestimmen.[2055] Beruht die Ermöglichung, Veranlassung oder Förderung der durch eine andere Person vorsätzlich oder fahrlässig unmittelbar begangenen Tat also auf einer Sorgfaltswidrigkeit, so soll eine Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ausgeschlossen sein.[2056] Aus diesem Grund geht etwa *Puppe* davon aus, dass sich in Fällen einer unmittelbaren Gefahrschaffung, bei denen die beschuldigte Person das Opfer verletzt hat und dieses anschliessend bei der zur Abwendung der Lebensgefahr erforderlichen Operation aufgrund eines ärztlichen Fehlverhaltens stirbt, die Schaffung der Ausgangsgefahr stets auch die Gefahr eines Behandlungsfehlers begründet.[2057]

508 Die Sorgfaltswidrigkeit eines Verhalten muss sich nach dieser Auffassung aber nicht zwingend aus der Schaffung einer unmittelbaren Gefahr ergeben, sondern kann auch durch die Überschreitung von Sorgfaltsvorschriften begründet sein. Die Verletzung von Sorgfaltsnormen, die gerade die Vermeidung von fremdem Fehlverhalten bezwecken, soll die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes auch dann ausschliessen, wenn keine konkreten Anzeichen für ein fremdes Fehlverhalten vorlagen.[2058] Die wohl herrschende Meinung will die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes im Falle einer Überschreitung von Sorgfaltsvorschriften aber nicht unbesehen ausschliessen, sondern Schutzzwecküberlegungen berücksichtigen: Entscheidend sei, ob die verletzte Sorgfaltsnorm gerade den Zweck verfolgt, fremdes Fehlverhalten zu vermeiden.[2059] Als typische Beispiele solcher Vorschriften werden insbesondere die Vorschriften des Waffenrechts genannt.[2060] *Puppe* weist aber darauf hin, dass der Gesetzgeber auch Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung von Gefahren aufstellen könne, die sowohl durch Straftaten als auch durch Naturereignisse verursacht werden könnten.[2061] Als Beispiel nennt *Puppe* etwa baupolizeiliche oder feuerpolizeiliche Vorschriften, aufgrund deren sich ein Hotelier, dessen Gäste bei einem Brand ums Leben kamen, weil die Notausgänge verstellt oder zugesperrt waren, nicht auf den

2055 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 165 f. und N. 252; *dies.*, AT[4], 5/12; *dies.*, ZStW 99 (1987), 611; *dies.*, Jura 1998, 21 ff.; ebenso MK[3]-*Duttge,* §15 N. 144 (ebenso MK[4]-*Duttge,* §15 N. 144); *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §15 N. 67 ff.; *Krümpelmann,* FS Lackner, 292.

2056 Vgl. SK[9]-Jäger, vor §1 N. 134; NK[5]-Puppe, vor §13 N. 242 ff.; S/S[30]-*Sternberg-Lieben/Schuster,* §15 N. 150 und N. 210; *Stratenwerth/Kuhlen,* AT[6], §15 N. 67 und N. 70.

2057 Vgl. NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 250 ff. und N. 254; ähnlich auch SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 134.

2058 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 242 und 169.

2059 *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 107 ff.; MK[3]-*Duttge,* §15 N. 147 ff. (ebenso MK[4]-*Duttge,* §15 N. 147 ff.); SK[9]-*Jäger,* vor §1 N. 131; *Rengier,* AT[11], §52 N. 69; einschränkend aber *Roxin,* FS Tröndle, 194 f. und S/S[30]-*Eisele,* § vor 13 N. 101a und N. 101c

2060 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 242.

2061 NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 177.

Vertrauensgrundsatz berufen könne, auch wenn das Feuer auf eine vorsätzliche Brandstiftung zurückgehe.[2062]

509 Die Anwendung dieser zuletzt genannten Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes auf Fälle der mittelbaren Gefahrschaffung erweist sich insofern als problematisch, als sie den eigentlichen Grund für die Erweiterung des Verantwortlichkeitsbereichs der beschuldigten Person verschleiert. Freilich ist es nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber einer Person die Verantwortung zur Vermeidung fremder Straftaten auferlegt.[2063] Eben dies kann aber nicht durch beliebige Sorgfaltsvorschriften geschehen, auch wenn diese die Vermeidung fremden Fehlverhaltens bezwecken, sondern muss eine entsprechende Garantenpflicht voraussetzen.[2064] Der richtige Weg muss deshalb dahin gehen, dass zwischen einfachen Sorgfaltsvorschriften und solchen differenziert wird, welche gleichzeitig eine Garantenstellung begründen. Nur Letztere vermögen eine Verantwortlichkeit für eigenverantwortliches Verhalten von Drittpersonen zu begründen.[2065] Einfachen Sorgfaltsvorschriften kann hingegen keine Bedeutung bei der Bestimmung des objektiv verbotenen Verhaltens zukommen.[2066]

510 Nach dem Gesagten erweist sich der Vertrauensgrundsatz aufgrund seiner Einschränkungen zur Beurteilung von Fällen mittelbarer Gefahrschaffung ungeeignet.[2067] Dass die Übertragung des ursprünglich für den Strassenverkehr entwickelten Vertrauensgrundsatzes auf diese Fälle nicht gelingt, erstaunt nicht. Denn im Strassenverkehr erfüllt der Vertrauensgrundsatz eine ganz andere Funktion: Dort dient der Vertrauensgrundsatz samt seinen Einschränkungen den Verkehrsteilnehmer:innen, ihr eigenes Fahrverhalten so auszurichten, dass sie keine unmittelbaren Gefahren für Drittpersonen schaffen.[2068] Mit Blick auf den Strassenverkehr ergibt es Sinn, den Vertrauensgrundsatz in Situationen einzuschränken, in denen konkrete Anzeichen für ein Fehlverhalten von Drittpersonen vorliegen. Denn das Fehlverhalten von Drittpersonen ändert nichts daran, dass die Verkehrsteilnehmer:innen die Schaffung unmittelbarer Gefahren für die Rechtsgüter

2062 NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 177.

2063 Dies wird auch von denjenigen Autor:innen überwiegend nicht bestritten, die sich für eine striktere Anwendung des Verantwortlichkeitsprinzips aussprechen. Siehe dazu, S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 101i; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*ders.,* § 10 N. 154.

2064 Dass nicht jede gesetzliche Pflicht eine Garantenstellung begründet, ist völlig unbestritten, vgl. dazu nur *Stratenwerth,* AT I[4], § 14 N. 12 f.

2065 *Jakobs,* AT[2], 7/52 und 7/56 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 154

2066 So oben N. 337 ff.

2067 Vgl. auch *Jakobs,* AT[2], 7/52 ff.

2068 Vgl. dazu *Roxin/Greco,* AT I[5], § 24 N. 21 ff.

von Drittpersonen zu vermeiden haben – denn für die Schaffung unmittelbarer Gefahren sind sie prinzipiell selber verantwortlich.[2069] Wendet man den Vertrauensgrundsatz nun aber auf Fälle mittelbarer Gefahrschaffung an, so bewirken die auf die Vermeidung von unmittelbaren Gefahrschaffungen im Strassenverkehr ausgerichteten Einschränkungen, dass Verhaltensweisen bereits wegen der naheliegenden Möglichkeit eines fremden Fehlverhaltens unterlassen werden müssen.[2070] Ebendies mag im Bereich der vorsätzlichen Teilnahme an einer fremden Straftat noch erträglich erscheinen, weil und soweit die den Teilnahmenormen zugrundeliegenden Verhaltensnormen lediglich verbieten, eine fremde Straftat *vorsätzlich,* also wissentlich und willentlich, zu veranlassen oder zu fördern. Werden nun aber mit der auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden Lösung die Grenzen der Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt dahingehend ausgedehnt, dass sie jenen der Teilnahme entsprechen, so bewirkt dies eine wesentlich grössere Unsicherheit hinsichtlich der Grenzen der legitimen Ausübung der eigenen Handlungsfreiheit und somit faktisch eine wesentlich grössere Einschränkung derselben.

b. Verantwortlichkeitsprinzip (Regressverbot)

511 Ausgangspunkt für die Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen bei Fällen mittelbarer Gefahrschaffung muss ausgehend vom Verantwortlichkeitsprinzip die Prämisse sein, dass eine Person ihr Verhalten grundsätzlich darauf auszurichten hat, dass sie keine unmittelbaren Gefahren für andere Personen bzw. deren Rechtsgüter schafft.[2071] Daraus folgt indes nicht, dass die objektive Zurechnung bei Fällen mittelbarer Gefahrschaffung stets zu verneinen wäre. Aus dem Verantwortlichkeitsprinzip selbst können sich gewisse Verschiebungen der Verantwortungs- oder Zuständigkeitsbereiche ergeben.[2072] Dies gilt zunächst in Situationen in denen eine Person gerade nicht zu eigenverantwortlichem Handeln in der Lage ist.[2073] Bei der Veran-

2069 *Jakobs,* AT², 7/52 ff.

2070 Dazu oben N. 503 ff.

2071 *Otto,* GK⁷, §6 N. 53; *ders.,* FS Lampe, 502 ff.; *ders.,* FS Spendel, 278 ff.; ferner *Diel,* Regressverbot, 329 ff.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* §10 N. 102; S/S³⁰-*ders.,* vor §13 N. 92b und 101 ff.; *ders.,* FS Kühl, 167 f.; Jakobs, AT², 7/52; ders., Lenckner, FS Engisch, 506 f.; Renzikowski, Täterbegriff, 151; *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 19 ff.; vgl. auch *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 78 ff.; kritisch *Block,* Atypische Kausalverläufe, 113.

2072 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* §10 N. 151; ähnlich S/S³⁰-*ders.,* vor §13 N. 101c, der hier aber bereits von einer Erweiterung des Verantwortlichkeitsbereiches spricht. Eingehend *Renzikowski,* Täterbegriff, 81 ff.

2073 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele¹²-*Eisele,* §10 N. 152; S/S³⁰-*ders.,* vor §13 N. 101d; ferner *Diel,* Regressverbot, 330 ff.; *Sánchez Lázaro,* Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 71 f.

lassung oder Förderung einer nicht eigenverantwortlich handelnden Person zu einer unmittelbaren Gefahrschaffung fällt die durch die nicht eigenverantwortlich handelnde Person geschaffene unmittelbare Gefahr daher gleichwohl in den Verantwortungsbereich der veranlassenden Person.[2074] Teilweise wird dabei betont, dass die Person, die die unmittelbare Gefahrschaffung durch eine nicht eigenverantwortliche Person veranlasst oder fördert, für die von ihr mittelbar herbeigeführte Gefahrschaffung nur insoweit verantwortlich sei, als sie die Verantwortlichkeitsdefizite der unmittelbar handelnden Person zu verantworten habe.[2075]

aa) Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person

512 Fraglich ist deshalb, nach welchen Massstäben die Eigenverantwortlichkeit der Person zu beurteilen ist, die durch ihr Verhalten eine unmittelbare Gefahr für die Rechtsgüter einer Drittperson schafft. Unter den Vertreter:innen moderner Regressverbotslehren besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Eigenverantwortlichkeit grundsätzlich zu bejahen ist, wenn die veranlasste Person vorsätzlich handelt.[2076] Parallel zur mittelbaren Täterschaft können sich trotz vorsätzlichem Handeln der unmittelbar gefahrschaffenden Person aber Einschränkungen ergeben, wenn die Verantwortlichkeit aus anderen Gründen, namentlich Zwang oder fehlender Schuldfähigkeit, aufgehoben ist.[2077]

513 Nicht als eigenverantwortlich wird demgegenüber offenbar bloss fahrlässiges Verhalten angesehen.[2078] Dies deckt sich mit dem herrschenden Verständnis der vorsätzlichen mittelbaren Täterschaft, bei der die Tatherrschaft bereits bejaht wird, wenn die Tatmittler:in in einen vermeidbaren Tatbestandsirrtum versetzt wird und daher immerhin fahrlässig handelt.[2079] *Stratenwerth* sieht in der vorsätzlichen Veranlassung der «Tat eines unvorsätzlich Handelnden» gar einen «der klarsten Fälle mittelbarer Täterschaft».[2080] Mit

2074 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 152; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101d.

2075 *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 89 f., 94 ff.;

2076 *Jakobs,* ZStW 89 (1977), 25; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten,

2077 Vgl. dazu *Renzikowski,* Täterbegriff, 84 ff., 86 f., 279 f.

2078 In diese Richtung Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 144; *Hruschka,* ZStW 110 (1998), 601 f.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 268 ff.

2079 Vgl. etwa *Roxin,* AT II, § 25 N. 64 f.; LK[11]-ders., § 25 N. 75; *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[4], 189; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 25 N. 120; *D. Huber,* Mittelbare Täterschaft, 175; *Kühl,* AT[8], § 20 N. 52; *Murmann,* GK[5], § 27 N. 27 ff.; anders noch *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft[2], 180 ff., 189 f. wonach keine mittelbare Täterschaft anzunehmen sei, wenn die Tatmittler:in bewusst fahrlässig handle.

2080 *Stratenwerth,* AT I[4], § 13 N. 116 mit Hinweis auf § 13 N. 23.

Blick auf die fahrlässige Veranlassung einer Fahrlässigkeitstat wird teilweise aber einschränkend gefordert, dass die veranlassende Person gegen eine sog. erweiterte Sorgfaltsnorm verstossen haben müsse, die sie gerade dazu verpflichtet, dass das eigene Verhalten «nicht durch daran anknüpfendes Handeln anderer zur Ursache von unerwünschten Erfolgen werde».[2081] Diese Forderung scheint auf den ersten Blick der Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz zu entsprechen, wonach sich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen könne, wer sich selbst nicht sorgfaltsgemäss verhalte.[2082] Der Unterschied liegt nun aber darin, dass es hier nur um die Veranlassung von Fahrlässigkeitstaten geht, wohingegen die Ausnahme vom Vertrauensgrundsatz von einigen Vertreter:innen der auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden Lösung auch bei der (fahrlässigen) Veranlassung einer Vorsatztat für einschlägig gehalten wird.[2083] Gegen die Berücksichtigung von sog. erweiterten Sorgfaltspflichten sprechen hier im Wesentlichen dieselben Gründe, die in Zusammenhang mit dem auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden Lösungsansatz angeführt wurden: Das Heranziehen von – nach der hier vertretenen Auffassung für die Bestimmung des objektiv verbotenen Verhaltens nicht bedeutsamen Sorgfaltsvorschriften[2084] – verschleiert die eigentlich wesentliche Frage nach dem Vorliegen einer Garantenstellung.[2085]

514 Die Schwierigkeiten bei der Behandlung von Fällen einer fahrlässigen Veranlassung einer Fahrlässigkeitstat können freilich vermieden werden, wenn mit *Diel* davon ausgegangen wird, dass im Verhältnis zu der fahrlässig handelnden Veranlasser:in auch die Person hinreichend eigenverantwortlich handle, die die unmittelbare Gefahr fahrlässig herbeiführt.[2086] Dementsprechend ist diejenige Person, die fahrlässig eine andere Person zur Begehung eines Fahrlässigkeitsdelikts veranlasst, gerade nicht für die fahrlässige Tatbegehung der veranlassten Person verantwortlich. Zur Begründung zieht *Diel* eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft beim Vorsatzdelikt: Dass die vorsätzlich handelnde mittelbare Täter:in die fahrlässige Tatbegehung der Tatmittler:in zu verantworten habe, liege gerade daran, dass die Tatmittler:in im Vergleich zur mittelbaren Täter:in ein Verantwortlichkeitsdefizit

2081 *H. Schumann,* Selbstverantwortung, 107 ff.; vgl. auch *Otto,* FS Spendel, 287; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* §10 N. 154; in eine ähnliche Richtung geht auch die Unterscheidung zwischen primären und sekundären Sorgfaltspflichten bei *Häring,* Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, 119 ff.

2082 Dazu oben N. 331 und N. 506 f.

2083 Siehe etwa NK[5]-*Puppe,* vor §13 N. 248.

2084 Siehe dazu, oben N. 337 ff.

2085 Dazu oben N. 508 und unten N. 516 ff.

2086 *Diel,* Regressverbot, 335.

aufweise. An einem solchen fehle es aber gerade bei der fahrlässigen Veranlassung einer Fahrlässigkeitstat.[2087]Fraglich ist aber, ob es richtig ist, die Eigenverantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person in Relation zu derjenigen Person zu bestimmen, die die unmittelbare Gefahrschaffung veranlasst. Im Zusammenhang mit der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wurde nämlich die oftmals vertretene Auffassung verworfen, wonach die Eigenverantwortlichkeit der sich selbst gefährdenden Person zu verneinen sei, sofern die mitwirkende Person über ein überlegenes Sachwissen verfüge.[2088] Stattdessen wurde der Auffassung gefolgt, wonach entscheidend sei, ob die sich selbst gefährdende Person eine *hinreichende* Einsicht in die Gefahren habe, denen sie sich aussetzt.[2089] Hält man nun aber diejenige Person, die fahrlässig eine unmittelbare Gefahr schafft, im Verhältnis zu der Person, die die Fahrlässigkeitstat fahrlässig veranlasst, für hinreichend eigenverantwortlich, so müsste dies konsequenterweise auch für diejenige Person gelten, die die Fahrlässigkeitstat vorsätzlich veranlasst.[2090]

515 Dass eine fahrlässig handelnde Person vor dem Gesetz als eigenverantwortlich handelnde Person gilt, zeigt sich daran, dass sie offenbar als hinreichend eigenverantwortlich angesehen wird, um für die fahrlässige Begehung einer Tat bestraft zu werden.[2091] Es erschiene daher widersprüchlich, eine

2087 *Diel,* Regressverbot, 330 ff., 335 f.; siehe auch *Renzikowski,* Täterbegriff, 268 ff., der Abstufungen zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit vornimmt.

2088 BGHSt 53, 288, 291 f.; BGE 134 IV 193 E. 9.3 f.; *Bottke,* Suizid und Strafrecht, 205; *Eisele,* JuS 2012, 583 (anders nunmehr S/S30-Eisele, vor § 13 N. 101e); *Frei,* Kausalverlauf, N. 313; *Hardtung,* NStZ 2001, 207; *Jescheck/Weigend,* AT5, 574; *Roxin* AT I4, § 11 N. 11; *Walther,* HRRS, 560 ff.

2089 Siehe oben N. 465 m.w.N.

2090 Zu beachten ist, dass eine relative Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person, die auf das Verantwortlichkeitsdefizit der unmittelbar gefahrschaffenden Person im Vergleich zur veranlassenden Person abstellt, unweigerlich Schwierigkeiten bei der Beurteilung von Begleitrisiken hervorruft, weil die *objektive Zurechnung* der Verwirklichung von Begleitrisiken dann (auch) davon abhängt, ob der *Vorsatz* hinsichtlich der Schaffung des Ausgangsrisikos auch als *Vorsatz* hinsichtlich der Begleitrisiken zu werten ist. Diese Frage, die die Vorsatzkonkretisierung betrifft, ist aber richtigerweise erst auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes aufzuwerfen.

2091 Für die fahrlässige Begehung kann sie im Kernstrafrecht nach Art. 12 Abs. 1 StGB freilich nur bestraft werden, wenn die fahrlässige Begehung einer Tat ausdrücklich mit Strafe bedroht ist. Dies schafft aber keine besonderen Schwierigkeiten für diesen Massstab zur Beurteilung der Eigenverantwortlichkeit bei Fremdgefährdungen oder -schädigungen. Wird die fahrlässige Begehung eines bestimmten Delikts nicht mit Strafe bedroht, so handelt eine Person, die den objektiven Tatbestand dieses Delikts unmittelbar fahrlässig erfüllt, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht verantwortlich, weil keine strafrechtliche Verhaltensnorm existiert, die die Normadressat:in zur Vermeidung der fahrlässigen Tatbestandserfüllung verpflichtet.

Person, die fahrlässig durch die Schaffung einer unmittelbaren Lebensgefahr einen Tötungserfolg herbeigeführt hat, einmal hinsichtlich ihrer Tat als hinreichend eigenverantwortlich anzusehen und sie dementsprechend wegen fahrlässiger Tötung nach Art. 117 StGB zu bestrafen und sie gleichzeitig im Verhältnis zu derjenigen Person, die die unmittelbare Tatbegehung vorsätzlich oder fahrlässig veranlasst hat, nicht als eigenverantwortlich handelnde Person anzusehen.[2092] Der konsequenteste und schlüssigste Massstab für die Beurteilung der Eigenverantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person ist jener der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Für die unmittelbare Gefahrschaffung einer Drittperson gegen fremde Rechtsgüter haftet demnach nur, wer das spezifische Risiko einer unmittelbaren Tatbegehung durch die strafrechtlich nicht verantwortlich handelnde Drittperson schafft.[2093]

516 Für die Beurteilung von Begleitrisiken, die sich auf das Anschlussverhalten von Drittpersonen beziehen, bedeutet dies, dass in der Schaffung der unmittelbaren Ausgangsgefahr nur insoweit ein missbilligtes Begleitrisiko hinsichtlich eines unmittelbar gefahrschaffenden Anschlussverhaltens einer Drittperson geschaffen wird, als dadurch das spezifische Risiko eines unvermeidbaren Irrtums oder aber eine Zwangslage geschaffen wird, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Drittperson für ihr fehlerhaftes Anschlussverhalten ausschliesst.

bb) Erweiterung von Verantwortlichkeitsbereichen

517 Unter den Vertreter:innen eines modernen Regressverbotes ist weitgehend anerkannt, dass das Regressverbot auch bei einem eigenverantwortlichen Handeln der unmittelbar gefahrschaffenden Person nicht uneingeschränkt

2092 Anders aber *Renzikowski,* Täterbegriff, 268 f.

2093 Dieser Massstab wird soweit ersichtlich nirgends vertreten, was wohl daran liegt, dass er im deutschen Strafrecht unweigerlich zu Strafbarkeitslücken führen würde. Gemäss dem Wortlaut der deutschen Teilnahmenormen (§ 26 und § 27 dStGB) ist eine Teilnahme nur an einer vorsätzlich begangenen Haupttat möglich. Demgegenüber muss sich die Teilnahme in der Schweiz nach dem Wortlaut von Art. 24 und Art. 25 StGB auf ein «Verbrechen oder Vergehen» beziehen, womit auch Fahrlässigkeitsdelikte erfasst sind. Anders als in der Schweiz schliesst also bereits der Wortlaut der Teilnahmenormen die Möglichkeit der vorsätzlichen Teilnahme am fremden Fahrlässigkeitsdelikt aus. In dem über die mittelbare Täterschaft gelösten Fall, in dem die vorsätzlich handelnde Veranlasser:in (h.M.: mittelbare Täter:in) die andere Person (h.M.: Tatmittler:in) durch das Hervorrufen eines vermeidbaren Sachverhaltsirrtums zur unmittelbaren Tatbegehung veranlasst, müsste die vorsätzlich handelnde Veranlasser:in nach dem hier vertretenen Massstab im deutschen Strafrecht straflos bleiben, weil sie nicht für die fahrlässige Tatbegehung der anderen Person als mittelbare Täter:in verantwortlich gemacht werden kann und weil gleichzeitig keine Teilnahme an der Fahrlässigkeitstat möglich ist. Nach dem Wortlaut der schweizerischen Teilnahmenormen wäre es aber durchaus möglich, die vorsätzliche Veranlassung einer Fahrlässigkeitstat als Anstiftung zu einem Fahrlässigkeitsdelikt zu beurteilen.

gilt.[2094] Eine Erweiterung des Verantwortlichkeitsbereiches wird zunächst angenommen, wenn die veranlassende Person eine *Garantenstellung* innehat und aufgrund ihrer Garantenpflicht dazu verpflichtet ist, (auch durch das eigenverantwortliche Handeln von Drittpersonen drohende)[2095] Gefahren zulasten eines bestimmten Rechtsgutes abzuwenden.[2096] Dass der Garantenpflicht auch dann eine Bedeutung zukommt, wenn die Garant:in die unmittelbare Tatbegehung einer anderen Person durch aktives Tun veranlasst, lässt sich ohne Weiteres aus einem *argumentum a fortiori* ableiten: Wer aufgrund einer Garantenstellung dazu verpflichtet ist, zur Vermeidung drohender Verletzungen des geschützten Rechtsguts aktiv tätig zu werden, ist erst recht dazu verpflichtet, jegliche Verhaltensweisen zu unterlassen, durch die – ob unmittelbar oder mittelbar – eine Gefahr für das Rechtsgut geschaffen wird.[2097]

518 Umstritten ist hingegen, wie sich das Verantwortlichkeitsprinzip gegenüber der Beteiligungsform der Mittäterschaft verhält.[2098] Ein Einwand gegen ein aus dem Verantwortlichkeitsprinzip abgeleitetes Regressverbot besteht nämlich darin, dass dieses die Annahme einer Mittäterschaft verunmögliche.[2099] Mit Blick auf die Mittäterschaft stellt sich dabei die Frage, wie eine Erweiterung von Verantwortlichkeitsbereichen und die damit verbundene Relativierung des Verantwortlichkeitsprinzips überhaupt zu begründen und zu legitimieren sind. Im schweizerischen Strafgesetzbuch existiert nämlich kein Pendant zu § 25 Abs. 2 dStGB, da das Formulieren einer entsprechenden Regelung dem schweizerischen Gesetzgeber offenbar zu aufwendig war.[2100]

2094 Vgl. etwa Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 153; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101i; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 352 ff.; *ders.,* JuS 2011, 121; *Jakobs,* AT[2], 7/56 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 146 ff. und 264 ff.

2095 Dass das eigenverantwortliche Handeln von Drittpersonen die strafrechtliche Haftung der Garant:in nicht ausschliesst, zeigt sich deutlich an der sog. Geschäftsleitungshaftung (nicht mehr zeitgemäss: Geschäfts*herren*haftung). Dazu BGE 96 IV 155 E. II/4.

2096 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 153; S/S[30]-*ders.,* vor § 13 N. 101i; *Jakobs,* AT[2], 7/66 und 24/19; *ders.,* ZStW 89 (1977), 23 ff.; *Rengier,* AT[11], § 52 N. 58; LK[12]-*Walter,* vor § 13 N. 110 (ebenso LK[13]-*Walter,* vor § 13 N. 110); eingehend *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 352 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 146 ff. und 264 ff.; ablehnend aber *Roxin,* FS Tröndle, 198 ff.

2097 Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 153; *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 353.

2098 Dazu *Jakobs,* AT[2], 24/13 ff.; *Renzikowski,* Täterbegriff, 67 ff., 112 ff., 123 ff.

2099 So *Kindhäuser,* FS Hollerbach, 644.

2100 Vgl. Botschaft 1998, 2012: «Der Entwurf umschreibt in den Artikeln 24 und 25 E die Anstiftung und die Gehilfenschaft, *verzichtet aber darauf, die Täterschaft zu definieren.* Sehr allgemein gehaltene Bestimmungen wie diejenigen des deutschen Strafgesetzbuches, die ausführen ‹Als Täter wird bestraft, wer die Tat selbst oder durch einen

Die Begriffe «Mittäterschaft», «Mittäterin» oder «Mittäter» und die Pluralformen für die beiden letztgenannten Begriffe kommen im schweizerischen Strafgesetzbuch kein einziges Mal vor.[2101] Deshalb kann die Lösung mit Blick auf das schweizerische Strafrecht nicht in der von *Renzikowski* vertretenen Auffassung liegen, wonach § 25 Abs. 2 dStGB als besondere Zurechnungsregel zu verstehen sei, aufgrund deren alle Mittäter:innen als Kollektiv anzusehen seien und dementsprechend das gemeinsame Werk des Kollektivs allen Personen zuzurechnen sei, die sich daran beteiligen.[2102]

519 Mit Blick auf das schweizerische Strafrecht kann die Lösung daher nur in der Einsicht liegen, dass autonom handelnde Personen ihre Verantwortlichkeitsbereiche auch autonom verbinden oder erweitern können.[2103] Dass es autonomen Personen möglich sein muss, ihre Verantwortlichkeitsbereiche zwecks Erweiterung der eigenen Handlungsoptionen untereinander (zumindest in gewisser Hinsicht) zu verbinden, zeigt sich besonders deutlich in Fällen, in denen dies zur Erreichung legitimer Zwecksetzungen dient: Zu denken ist etwa an Stellvertretungen bei der Eingehung rechtlicher Verbindlichkeiten, an das Einräumen von Zeichnungsberechtigungen oder an die Gründung von Personengesellschaften. All diese Akte sind nur möglich, weil die daran beteiligten autonomen Personen zumindest in gewisser Hinsicht ihre Verantwortlichkeitsbereiche miteinander verbinden können.[2104] Indem die Autonomie des einzelnen Individuums Grundlage für die Anerkennung der Möglichkeit einer autonomen Verbindung von Verantwortlichkeitsberei-

anderen begeht› und ‹Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)› (§ 25 dStGB) lassen sich nicht auf die Schweiz übertragen. In der schweizerischen Doktrin wird nämlich die Meinung vertreten, dass allein der Einzeltäter alle Tatbestandserfordernisse erfülle, wohingegen der Mittäter bloss einen notwendigen Tatbeitrag leiste. Eine präzise Definition müsste demnach die einzelnen Merkmale der verschiedenen Täterschaftsformen detailliert aufzählen. *Sie wäre zwangsläufig entweder unvollständig oder sehr kompliziert. Aus diesem Grund wird, wie im geltenden Recht, auf eine entsprechende Norm verzichtet und die genaue Umschreibung Rechtsprechung und Lehre überlassen.*» [Hervorhebung durch den Verfasser].

2101 Seit 2011 finden sich die Begriffe «Mittäterinnen», «Mittäter» (je Art. 26 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 2 StPO) und «Mittäterschaft» (Art. 29 Abs. 1 lit. b und Art. 333 Abs. 3 StPO) immerhin in der Strafprozessordnung.

2102 *Renzikowski,* Täterschaft, 101; Maurach/Gössel/Zipf-*ders.,* AT II[8], § 47 N. 110; *Joerden,* Relationen, 80.

2103 Kindhäuser, FS Hollerbach, 644 ff., der diesen Gedanken aber als Einwand gegen das Regressverbot formuliert.

2104 Würde die Rechtsordnung hingegen davon ausgehen, dass die Verantwortlichkeitsbereiche autonomer Personen strikt zu trennen sind, so wäre bereits eine einfache Stellvertretung undenkbar. Die Stellvertreter:in könnte dann für die vertretene Person kein Rechtsgeschäft mit einer Drittperson abschliessen. Bei blossen Kaufverträgen müsste die Stellvertreter:in selber einen Kaufvertrag mit der Drittperson eingehen und die erworbene Sache ihrerseits an die «vertretene Person» weiterverkaufen.

chen bildet, kann das ebenfalls aus der Autonomie abgeleitete Verantwortlichkeitsprinzip[2105] die Möglichkeit zur autonomen Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen nicht ausschliessen.[2106]

520 Nicht zu übersehen ist nun aber, dass die Interessenlage der Personen, die durch die autonome Verbindung ihrer Verantwortlichkeitsbereiche legitime Zwecke verfolgen, im Verhältnis zur Rechtsordnung eine ganz andere ist als jene von Personen, die gemeinschaftlich eine Straftat begehen: Erstere sind in der Regel daran interessiert, dass die Rechtsordnung die eingegangenen Verbindungen von Verantwortlichkeitsbereichen anerkennt, bei Letzteren dürfte dies hingegen selten der Fall sein. Personen, die gemeinsam eine Straftat begangen haben, die ihnen (nach dem Verantwortlichkeitsprinzip) je einzeln nicht zugerechnet werden könnte, werden von der Rechtsordnung nicht verlangen, sie möge doch berücksichtigen, dass im Rahmen der gemeinsamen Begehung der Tat eine autonome Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen stattgefunden habe. Hier ist es vielmehr das Gericht, das den an der gemeinsamen Begehung einer Straftat beteiligten Personen im Hinblick auf die Begehung ebendieser Straftat eine autonome Verbindung ihrer Verantwortlichkeitsbereiche *zuschreibt,* wenn es die beteiligten Personen wegen mittäterschaftlicher Begehung verurteilt.[2107]

521 Die eigenverantwortlich handelnden Personen, die zur gemeinschaftlichen Begehung einer Straftat durch das arbeitsteilige Vorgehen ihre Verantwortlichkeitsbereiche autonom verbinden, müssen sich die faktisch vorgenommene, autonome Verbindung der Verantwortlichkeitsbereiche entgegenhalten lassen, auch wenn dies gerade nicht in ihrem Willen ist.[2108] Zu

2105 Dazu oben N. 451 ff.

2106 *Kindhäuser,* FS Hollerbach, 644.

2107 Der Einsicht, dass es hier um eine Zuschreibung geht, schenkt m.E. *Kindhäuser,* FS Hollerbach, 646 nicht hinreichend Beachtung, indem er ausgehend von einer Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen, die der legitimen Ausübung der Selbstbestimmung dient (nämlich um sich die Haare schneiden zu lassen), folgenden Schluss zieht: «Wenn anerkannte Zurechnungsgrundsätze es erlaubten, ein Verhalten als eigenes sogar unsichtbar zu machen, falls es vollkommen in einem fremden Handlungsspielraum integriert ist, dann berechtigt dies *a fortiori* zu dem Schluss dass ein Verhalten erst recht zugleich als eigenes und fremdes angesehen werden kann, sofern es zugleich eigener und fremder Organisation dient, d.h. in der jeweils relevanten Sicht zugleich in beide Organisationskreise vollständig eingebettet ist.»

2108 Der Einwand, dass es sich bei der im Rahmen der Tatbegehung faktisch vorgenommenen Verbindung der Verantwortlichkeitsbereiche gerade nicht um eine Verbindung handle, die von der Rechtsordnung akzeptiert und insofern anerkannt sei, erwiese sich als *venire contra factum proprium.* Die hier stattfindende Zuschreibung mag in gewisser Hinsicht an die Gegenüberstellung zwischen dem «Recht der Subjektivität» und dem «Recht der Objektivität» in Hegels Zurechnungstheorie erinnern. Dazu oben N. 61 f.

beachten ist nun aber, dass sich die Zuschreibung einer autonomen Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen bei der gemeinsamen Tatbegehung mehrerer eigenverantwortlich handelnder Personen mit Blick auf das aus dem Verantwortlichkeitsprinzip abgeleitete Regressverbot rasch als *Büchse der Pandora* entpuppen kann: Aus Anerkennung der Möglichkeit einer autonomen Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen ergeben sich nämlich für sich genommen noch nicht die Voraussetzungen, unter denen die Zuschreibung einer solchen Verbindung zulässig ist. Wird also die Zuschreibung einer autonomen Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen bei der gemeinschaftlichen Begehung einer Straftat akzeptiert, dürfte bald die Frage aufkommen, weshalb dies nicht auch für die vorsätzliche oder sorgfaltswidrige Veranlassung einer fremden Vorsatztat gelten soll.

522 Würde aber die Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen derart grosszügig zugeschrieben werden, so würde eine vollständige oder zumindest erhebliche Relativierung des auf dem Verantwortlichkeitsprinzip beruhenden Regressverbots drohen, die nicht im Sinne einer freiheitlichen, auf die Bewahrung der Selbstbestimmung ihrer Bürger:innen ausgerichteten Rechtsordnung sein kann. Aus diesem Grund ist es geboten, die Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen nur zurückhaltend zuzuschreiben. Die Zuschreibung einer Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen ist deswegen auf Fälle von Mittäterschaft sowie auf die Übernahme von Garantenpflichten zu beschränken, die gerade auf die Vermeidung fremder Straftaten gerichtet sind. Eine Ausdehnung der Zuschreibung auf die Teilnahme erschiene hingegen nicht angemessen, weil der Gesetzgeber in Art. 24 und Art. 25 StGB eigene Rechtsfiguren geschaffen hat, die es ermöglichen, solche nach dem Verantwortlichkeitsprinzip nicht tatbestandsmässigen Verhaltensweisen strafrechtlich zu erfassen.[2109]

523 Wichtig ist ferner die Einsicht, dass trotz der Möglichkeit einer Verknüpfung von Verantwortlichkeitsbereichen, beziehungsweise der Möglichkeit einer entsprechenden Zuschreibung, eine Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen notwendig bleibt: Ein verbundener Verantwortlichkeitsbereich zweier Personen muss gleichwohl von den Verantwortlichkeitsbereichen anderer Personen abgegrenzt werden. Die Frage, ob zwei oder mehrere Personen ihre Verantwortlichkeitsbereiche verbunden haben, muss daher der Frage nach der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen notwendigerweise vorausgehen.[2110]

2109 *Renzikowski,* Täterbegriff, 67 ff.

2110 Dies bedeutet freilich nicht, dass die Frage nach der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit zwingend vor der Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen zu prüfen ist. Aus praktischen Gründen mag

3. Fazit

524 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Abstellen auf den Vertrauensgrundsatz bei der Beurteilung von Fällen mittelbarer Gefahrschaffung keine konsequente Umsetzung des Verantwortlichkeitsprinzips zulässt, weil der Person, die die unmittelbare Gefahrschaffung einer anderen Person ermöglicht, veranlasst oder fördert, aufgrund der Ausnahmen vom Vertrauensgrundsatz letztlich doch die Verantwortlichkeit für das eigenverantwortliche Verhalten von Drittpersonen zugeschrieben wird.[2111] Dass sich die Zuschreibung einer Erweiterung von Verantwortlichkeitsbereichen unter besonderen Bedingungen, nämlich im Falle einer autonomen Erweiterung des eigenen Verantwortlichkeitsbereiches, legitimierbar ist, bedeutet noch nicht, dass entsprechende Relativierungen des aus dem Verantwortlichkeitsprinzip folgenden Regressverbots auch unter anderen Bedingungen, wie etwa der «erkennbaren Tatgeneigtheit» einer anderen Person oder der Verletzung einer auf die Vermeidung von fremdem Fehlverhalten ausgerichteten Sorgfaltsvorschrift, gerechtfertigt wäre.[2112] Die allzu grosszügige Relativierung des Regressverbots bewirkt nämlich nicht nur, dass die eigentlich massgeblichen Momente, aufgrund deren eine legitime Zuschreibung eines erweiterten Verantwortlichkeitsbereichs möglich ist, verschleiert werden. Sie droht vielmehr auch das auf die Erhaltung von Handlungsfreiheit ausgelegte Verantwortlichkeitsprinzip ins Gegenteil zu verkehren. Ebendies spricht dafür, Ausnahmen vom Regressverbot nur mit Zurückhaltung zu akzeptieren.

525 In Fällen, in denen keine legitimierbare Zuschreibung einer Erweiterung des Verantwortlichkeitsbereiches möglich ist, sollte daher das aus dem Verantwortlichkeitsprinzip folgende Regressverbot konsequent umgesetzt werden.

D. Systematische Einordnung des Verantwortlichkeitsprinzips und Verhältnis zur Beteiligungslehre

1. Systematische Einordnung des Verantwortlichkeitsprinzips

526 Zu klären bleibt, wie das Verantwortlichkeitsprinzip richtigerweise systematisch zu verordnen ist. Wie bereits mehrfach erwähnt, wird es in der Literatur zur objektiven Zurechnung ganz unterschiedlich eingeordnet: Einige Stimmen

es womöglich sinnvoller erscheinen, die Frage nach der Verknüpfung von Verantwortlichkeitsbereichen zunächst zu übergehen und zunächst zu prüfen, ob die Tatbestandsmässigkeit auch ohne die Zuschreibung einer Verknüpfung von Verantwortlichkeitsbereichen bejaht werden kann.

2111 Dazu oben N. 508 f.

2112 In diese Richtung auch *Jakobs,* AT², 7/52.

berücksichtigen das Verantwortlichkeitsprinzip bereits bei der Schaffung eines missbilligten Risikos,[2113] andere ordnen es der Verwirklichung des Risikos zu,[2114] und wiederum andere ergänzen die Lehre der objektiven Zurechnung um eine dritte Stufe, auf der diese Verantwortlichkeitsüberlegungen zum Tragen kommen sollen.[2115] In der vorangegangenen Untersuchung wurde mit *Roxin* die zuletzt genannte Darstellungsform gewählt, welche die Verantwortlichkeitsüberlegungen unter dem Titel der «Reichweite des Tatbestandes» auf einer eigenen Stufe innerhalb der Lehre der objektiven Zurechnung einordnet.[2116] Mit dieser vorläufigen Einordnung sollte das Ergebnis aber keineswegs vorweggenommen werden. Vielmehr wurde diese Darstellungsform gewählt, damit die inhaltliche Auseinandersetzung mit den einzelnen Zurechnungsgesichtspunkten zunächst losgelöst von den Implikationen einer bestimmten systematischen Einordnung geführt werden kann.[2117] Dies führte aber dazu, dass im Verlauf der Untersuchung gewisse Fragestellungen vorläufig ausgeklammert werden mussten. Zu denken ist hierbei etwa an die Beurteilung von über Drittpersonen vermittelten Risiken[2118] oder aber an die Beurteilung von mit einer Ausgangsgefahr verbundenen Begleitrisiken, die sich auf ein mögliches Fehlverhalten einer anderen Person beziehen.[2119]

527 Deswegen spricht vieles dafür, das Verantwortlichkeitsprinzip bereits bei der Schaffung eines missbilligten Risikos zu berücksichtigen. Als missbilligte Risikoschaffung sind demnach zunächst Verhaltensweisen anzusehen, welche eine unmittelbare Gefahr für ein fremdes Rechtsgut schaffen. Die bloss mittelbare Gefahrschaffung ist demgegenüber nur dann missbilligt, wenn durch das eigene Verhalten das spezifische Risiko einer unmittelbaren Gefahrschaffung durch eine nicht eigenverantwortlich handelnde Person geschaffen wird.[2120] Ein solches spezifisches Risiko kann etwa durch täuschendes oder

2113 So etwa *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 148 ff.; ferner Bock, AT, 140 ff.; *Frister,* AT[8], 10/10; *Murmann,* GK[5], § 23 N. 70 ff; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 262 und N. 269 ff.

2114 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele[12]-*Eisele,* § 10 N. 101 ff.; *Eisele/Heinrich,* AT[2], N. 164; *Kaspar,* AT[2], § 5 N. 94 ff.; *Rengier,* AT[11], § 13 N. 77 ff.

2115 *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106 ff.; ähnlich auch *Kühl,* AT[8], § 4 N. 83 ff. und S/S[30]-*Eisele,* vor § 13 N. 92b und N. 100 ff.

2116 *Roxin,* AT I[4], § 11 N. 106 ff. (entsprechend *Roxin/Greco,* AT I[5], § 11 N. 106 ff.) und oben N. 444 ff.

2117 Dazu oben N. 221.

2118 Siehe oben N. 333 und N. 378.

2119 Siehe oben N. 395 ff.

2120 In diese Richtung, wenn auch unter Zugrundelegung anderer Massstäbe, auch *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten,

irreführendes Verhalten, durch die Anwendung von Zwang oder aber durch das Herbeiführen oder Ausnutzen eines schuldausschliessenden Zustands bei einer Drittperson geschaffen werden.[2121] Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob bei einer mittelbaren Gefahrschaffung eine andere Person zur unmittelbaren Gefährdung eigener oder fremder Rechtsgüter veranlasst wird. Der Unterschied zwischen der Veranlassung einer nicht freiverantwortlichen Selbstgefährdung und der Veranlassung einer nicht freiverantwortlichen Drittgefährdung besteht nur darin, dass unterschiedliche Massstäbe an die Bestimmung der Verantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person anzulegen sind. Gefährdet diese Person eigene Rechtsgüter, so müssen die für die Einwilligung entwickelten Kriterien zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit massgeblich sein.[2122] Bei der Veranlassung einer Person zu einer unmittelbaren Gefahrschaffung zulasten fremder Rechtsgüter ist hingegen der Massstab der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entscheidend.[2123]

528 Wird das Verantwortlichkeitsprinzip nun systematisch bei der Schaffung eines missbilligten Risikos eingeordnet, so muss für die Beurteilung auch der für die Schaffung eines missbilligten Risikos geltende Massstab massgeblich sein. Das heisst, dass sämtliche im Zeitpunkt der Ausführung objektiv gegebenen Umstände zu berücksichtigen sind.[2124] Der Zeitpunkt der Ausführung wird dabei – auch bei der mittelbaren Gefahrschaffung – durch das Verhalten der zu beurteilenden Person bestimmt.[2125] Dass dies richtig ist, wird besonders deutlich, wenn man die Schaffung eines missbilligten Risikos mit *Seher* als Kriterium der Handlungszurechnung ansieht, bei der das Verhalten der beschuldigten Person als Tathandlung zugerechnet wird.[2126] Gegenstand des Zurechnungsaktes bildet also stets das Verhalten der zu beurteilenden Person; es ist ihr Verhalten, das *als Tathandlung* zugerechnet wird.[2127] Im Falle einer mittelbaren Gefahrschaffung wird das Verhalten *der beschuldigten Person,* durch das eine andere Person zur Schaffung

2121 Vgl. dazu *Renzikowski,* Täterbegriff, 81 ff., 121 f. und 266 ff.

2122 Siehe oben N. 467 f.

2123 Dazu eingehend oben, N. 513 ff.

2124 Siehe oben, N. 245 ff.

2125 Anders aber die in der Schweiz wohl herrschende Auffassung zum Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft, siehe dazu *Hurtado Pozo,* N. 1188 ff.; BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 22 N. 25; *Stratenwerth,* AT I[4], § 13 N. 70 f.; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 220 f.; eingehend mit Darstellung der verschiedenen in Deutschland vertretenen Auffassungen *Roxin,* AT II, § 29 N. 226 ff.

2126 *Seher,* Zurechnung, 722. Zu beachten ist allerdings, dass *Seher* Verantwortlichkeitsüberlegungen nicht bereits als Frage des Normwidrigkeitsprinzips ansieht, sondern unter dem Titel des «Tatherrschaftsprinzips» diskutiert.

2127 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 720 und 731.

einer unmittelbaren Gefahr veranlasst wird, als Tathandlung zugerechnet, weil und soweit sie das unmittelbar gefahrschaffende Verhalten der anderen Person zu verantworten hat.[2128] Deswegen besteht kein Grund, der mittelbar gefahrschaffenden Person das Verhalten der unmittelbar gefahrschaffenden Person als eigenes Verhalten zuzurechnen[2129] oder aber die Verhaltensweisen beider Personen zu einer «Gesamthandlung» zu verbinden.[2130]

529 Ist nun aber bei der Beurteilung der mittelbaren Gefahrschaffung das Verhalten der mittelbar gefahrschaffenden Person massgeblich für die Bestimmung des Urteils, so kann bestimmt werden, ob die mittelbar gefahrschaffende Person ein qualifiziertes, spezifisches Risiko geschaffen hat, dass eine andere, nicht freiverantwortlich handelnde Person eine unmittelbare Gefahr für eigene oder fremde Rechtsgüter schaffen könnte. Weil die unmittelbare Gefahrschaffung, die an das mittelbar gefahrschaffende Verhalten der zu beurteilenden Person anschliesst, im für die Bestimmung der Basis des Urteils relevanten Zeitpunkt noch aussteht, kann bei der Beurteilung der Schaffung eines missbilligten Risikos im Grunde nicht berücksichtigt werden, ob die unmittelbare Gefahrschaffung tatsächlich stattgefunden hat und ob die unmittelbar gefahrschaffende Person wirklich nicht freiverantwortlich gehandelt hat.[2131] Deshalb liegt es nahe, in Fällen mittelbarer Gefahrschaffung zusätzlich zur Feststellung, dass die mittelbar gefahrschaffende Person ein qualifiziertes spezifisches Risiko einer unmittelbaren Gefahrschaffung durch eine nicht freiverantwortlich handelnde Drittperson gesetzt hat, auch zu prüfen, ob tatsächlich eine nicht freiverantwortliche unmittelbare Gefahrschaffung durch eine andere Person stattgefunden hat.[2132] *Frisch* hält solche einschränkenden Korrekturen des Kriteriums der Schaffung eines missbilligten Risikos indes für «absolut überflüssig», weil entsprechende Korrekturen ohne Weiteres über den Risikozusammenhang vorgenommen werden könnten.[2133] Dabei übersieht er aber, dass der Risiko-

2128 Gleiches gilt auch dann, wenn das tatbestandsmässige Verhalten gesetzlich näher umschrieben ist. Das Verhalten der Person, welche die unmittelbare Verwirklichung des Tatbestandes durch eine nicht freiverantwortliche Person veranlasst, wird dann als Tathandlung zugerechnet, obwohl das Verhalten an sich die objektiven Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt.

2129 So etwa *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 842.

2130 *Stratenwerth,* AT I[4], §13 N. 71; ferner BSK[4]-*Niggli/Maeder,* Art. 22 N. 25; *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 220 f.

2131 Dieselben Schwierigkeiten stellen sich auch – und erst recht – wenn die Schaffung eines missbilligten Risikos mit der h.M. anhand eines ex ante-Massstabs bestimmt wird. Dazu *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 35 f.

2132 Bei *Seher,* Zurechnung, 725 finden entsprechende Korrekturen unter dem Titel des Tatherrschaftprinzips statt. Vgl. auch *Seher,* FS Frisch, 219.

2133 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 35 f.

zusammenhang als Zurechnungsgesichtspunkt der «eigentlichen Erfolgszurechnung»[2134] nur bei Erfolgsdelikten als Korrektiv in Frage kommen kann, eine mittelbare Tatbegehung aber auch bei Tätigkeitsdelikten möglich ist, weshalb entsprechender Korrekturbedarf auch bei Tätigkeitsdelikten existiert. Deswegen kann die Korrektur nicht erst über die «eigentliche Erfolgszurechnung» erfolgen.

530 Abschliessend ist noch hervorzuheben, dass mit der Einordnung des Verantwortlichkeitsprinzips bei der Schaffung eines missbilligten Risikos auch der Einwand zutreffend eingeordnet werden kann, wonach der Zweck des Verantwortlichkeitsprinzip nicht darin bestehe, Personen von der Verantwortlichkeit für eigenes Fehlverhalten zu entlasten:[2135] Das Verantwortlichkeitsprinzip bewirkt nicht, dass Personen von der Verantwortlichkeit für eigenes Fehlverhalten entlastet werden, es bewirkt vielmehr, dass das eigene Verhalten nicht bereits deshalb als tatbestandsmässiges Fehlverhalten qualifiziert werden kann, weil eine eigenverantwortlich handelnde Drittperson es als Anlass für die Begehung einer eigenen Tat nehmen könnte oder genommen hat.

2. Verhältnis zur Beteiligungsformenlehre

531 Fraglich bleibt, in welchem Verhältnis die vorangegangenen Überlegungen zur Beteiligungsformenlehre stehen. Es versteht sich von selbst, dass eine abschliessende Klärung dieser Frage eine umfassende Auseinandersetzung mit der Beteiligungsformenlehre erfordert, deren Darstellung den Rahmen der vorliegenden Arbeit bei Weitem sprengen würde. Nachfolgend soll das nach hier vertretener Auffassung richtige Verständnis des Verhältnisses zwischen dem Verantwortlichkeitsprinzip und der Beteiligungsformenlehre daher lediglich in groben Zügen umrissen werden.

a. Grundlegendes

532 Ausgangspunkt für die nachfolgenden Überlegungen muss dabei das gesetzlich vorgegebene Beteiligungssystem bilden. Im Falle des schweizerischen Strafrechts hat der Gesetzgeber auf eine gesetzliche Regelung der verschiedenen Formen der Täterschaft bewusst verzichtet und stattdessen nur die Teilnahme an einer fremden Straftat ausdrücklich im Gesetz geregelt.[2136] Demnach ist für das schweizerische Strafrecht von einem sog. *dualistischen Beteiligungssystem* auszugehen, das zwischen Täter:innen und

2134 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 507 und 524 ff.

2135 *Kindhäuser,* FS Hollerbach, 645; so auch *Frister,* AT[8], 10/14; NK[5]-*Puppe,* vor § 13 N. 243.

2136 Siehe Botschaft 1998, 2012 und Art. 24 und Art. 25 StGB

Teilnehmer:innen unterscheidet.[2137] Davon zu unterscheiden sind sog. Einheitstätersysteme, bei denen alle Tatbeteiligten als Täter:innen angesehen werden.[2138]

533 Eng mit der Unterscheidung der Beteiligungssysteme verbunden ist auch die Unterscheidung zwischen dem *extensiven* und dem *restriktiven Tatbegriff,* die sich auf die Reichweite der einzelnen Straftatbestände bezieht.[2139] Nach herkömmlicher Deutung besagt der extensive Tatbegriff, dass die Straftatbestände das tatbestandliche Unrecht als Verursachung einer Rechtsgutsverletzung beschreiben.[2140] Demgegenüber wird nach dem restriktiven Tatbegriff die «Begehung» der von einem Straftatbestand umschriebenen Tat verlangt.[2141] Täter:in kann nach einem restriktiven Tatbegriff nur sein, wer tatbestandsmässig handelt.[2142] Die Annahme eines extensiven oder restriktiven Tatbegriffs wirkt sich auch auf die Deutung der Teilnahmenormen aus: Ausgehend von einem extensiven Tatbegriff sind die Bestimmungen über Anstiftung und Gehilfenschaft Strafbarkeitseinschränkungsgründe.[2143] Bei

2137 Dazu *Nydegger,* Zurechnungsfragen der Anstiftung, 64; zur Ausgestaltung des dualistischen Systems im deutschen Strafrecht Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 18 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*[49], N. 794.

2138 Innerhalb der Einheitstätersysteme wird zwischen formellen Einheitstätersystemen und funktionalen Einheitstätersystemen unterschieden. Bei formalen Einheitstätersystemen wird jegliche begriffliche Differenzierung zwischen den verschiedenen Beteiligungsformen abgelehnt. Beim funktionalen Einheitstätersystem, wie es etwa in § 12 öStGB vorgesehen ist, wird zwar begrifflich zwischen unterschiedlichen Formen der Mitwirkung an einer Straftat unterschieden, dieser Unterscheidung wird aber mit Blick auf die Strafrahmen keine Bedeutung zugemessen. Eingehend dazu *Kienapfel,* SB Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 25 ff.; vgl. auch Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 8 ff.

2139 Vgl. dazu Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 3; die Unterscheidung geht zurück auf *Zimmerl,* ZStW 49 (1929), 40 ff., der von extensiver und restriktiver Interpretation der Tatbestände sprach. In der Literatur ist oftmals vom restriktiven und extensiven Täterbegriff die Rede, so etwa bei SK[9]-*Hoyer,* vor § 25 N. 1 ff. *Kühl,* AT[8], § 20 N. 5; *Roxin,* AT II, § 25 N. 4 f. sowie *Renzikowski,* Täterbegriff, *passim,* der diese Terminologie aber mittlerweile zugunsten der hier verwendeten, auf *Haas,* SB Zurechnung, 220 zurückgehenden Terminologie aufgegeben hat.

2140 Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 3; so schon *Zimmerl,* ZStW 49 (1929), 40 f.

2141 *Kühl,* AT[8], § 20 N. 5; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 3; *ders.,* Täterbegriff, 11.

2142 *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft, S. 679 f., N. 205: «Täter ist, wer tatbestandsmässig handelt, wem die Tatbestandsverwirklichung allein oder mit andern als sein Werk zugerechnet wird»; *ders.,* AT II, § 25 N. 5; *Gropp,* AT[4], § 10 N. 41 f.; 68 ff.; *Kühl,* AT[8], § 20 N. 5.

2143 Diese Deutung der Art. 24 und Art. 25 StGB erschiene mit Blick auf deren Ausgestaltung indes wenig plausibel: Ginge es bei diesen Normen um eine Beschränkung der Strafbarkeit, so bedürfte nicht die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung (Art. 24 Abs. 2 StGB) einer besonderen Erwähnung, sondern die Straflosigkeit der versuchten Gehilfenschaft.

Zugrundelegung eines restriktiven Tatbegriffes sind die gesetzlichen Teilnahmeregelungen hingegen als Strafbarkeitsausdehnungsgründe anzusehen, weil sie die Strafbarkeit über den Bereich des nach einem Straftatbestand des besonderen Teils tatbestandsmässigen Verhaltens hinaus ausdehnen.[2144]

534 Zu beachten ist, dass es nicht *den* extensiven oder den restriktiven Tatbegriff gibt, sondern Variationen davon existieren. Nach dem extensivsten Tatbegriff würde jede beliebige Verursachung eines tatbestandsmässigen Erfolgs den Tatbestand erfüllen.[2145] Diese extensive Interpretation der Tatbestände hat jedoch, wie *Zimmerl* bereits 1929 feststellte, einen relativ schwerwiegenden Nachteil: «[S]ie vernichtet genau genommen die Tatbestände.»[2146] Die Tatbestände des Besonderen Teils bildeten nämlich ein «Bollwerk der Rechtssicherheit». Sobald sie aber so weit ausgelegt würden, dass «darunter jedes Kausalwerden fiele, wäre die Grenze der Tatbestandsmäßigkeit so weit gestreckt, daß es fast auf dasselbe herauskäme, sie ganz aufzuheben.»[2147] Demgegenüber könnte nach einem strikt restriktiven Tatbegriff nur diejenige Person einen Straftatbestand des Besonderen Teils verwirklichen, die die objektiven Tatbestandsmerkmale eigenhändig erfüllt.[2148] Ein solcher strikt restriktiver Tatbegriff würde aber etwa die Möglichkeit einer mittelbaren Täterschaft ausschliessen,[2149] die in der schweizerischen Strafrechtsdogmatik richtigerweise einhellig anerkannt wird.[2150] Der «richtige» Tatbegriff muss demnach zwischen den beiden Extremen liegen, wobei aber vieles dafür spricht,[2151] mit dem strikt restriktiven Tatbegriff grundsätzlich von der «Eigenhändigkeit einer Handlung als ‹Prototyp› der Folgezuständigkeit» auszugehen[2152] und ausgehend davon die Kriterien zu bestimmen, unter denen von diesem Grundsatz abgewichen werden kann. Die

2144 Dazu m.w.N. Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 4 und SK[9]-*Hoyer,* vor § 25 N. 8

2145 In diese Richtung RGSt 21, 76, 77; *Mezger,* ZStW 52 (1932), 537 und 541; einschränkend *ders.,* Lehrbuch[3], 416, wonach immerhin eine adäquate Verursachung vorauszusetzen ist.

2146 *Zimmerl,* ZStW 49 (1929), 41.

2147 *Zimmerl,* ZStW 49 (1929), 41; kritisch zum extensiven Täterbegriff auch *Roxin,* AT II, § 25 N. 4

2148 Dies entspricht der sog. «formal-objektiven Täterlehre», dazu Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 78 ff.; *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft[9], 34 ff. und *Stratenwerth,* AT I[4], § 13 N. 3 f. je mit weiteren Hinweisen.

2149 Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski,* AT II[8], § 47 N. 82.

2150 Anstelle vieler *Stratenwerth,* AT I[4], § 13 N. 20 ff. und *Trechsel/Noll/Pieth,* AT[7], 200 ff. mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.

2151 Zum Verantwortlichkeitsprinzip oben ##N 451 ff.

2152 *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 120; *Renzikowski,* Täterbegriff, 71.

Lehren, die sich mit der Bestimmung dieser Kriterien beschäftigen, werden gemeinhin als «Täterschaftslehren» bezeichnet. Unter diesen Täterschaftslehren ist derzeit die sog. Tatherrschaftslehre absolut vorherrschend,[2153] nach der (auch bei nicht eigenhändiger Begehung der Tat) Täter:in ist, wer die Tatherrschaft innehat.[2154]

b. Täterschaft und Tatbestand

535 In diesem Sinne besteht heute in der schweizerischen Strafrechtsdogmatik – zumindest beim Vorsatzdelikt – Einigkeit darüber, dass von einem restriktiven Tatbegriff auszugehen ist,[2155] der nach fast einhelliger Auffassung anhand der Tatherrschaftslehre zu bestimmen ist.[2156] Zu klären bleibt nun, in welchem Verhältnis die Täterschaftslehre zu den durch das Verantwortlichkeitsprinzip konkretisierten Anforderungen an die Schaffung eines missbilligten Risikos steht.

536 *Goeckenjan* hat in ihrer Habilitationsschrift zur «Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung» festgestellt, dass in Fällen, in denen die beschuldigte Person den Erfolg nicht selbst unmittelbar herbeiführe, sondern der Erfolgseintritt durch das gefahrerhöhende Verhalten des Opfers selbst oder einer Drittperson vermittelt werde, die Beurteilung, ob das Verhalten der beschuldigten Person den Tatbestand eines vorsätzlichen Erfolgsdelikts erfülle, «weitgehend von gesetzlich fixierten Beteiligungsregeln überlagert» werde.[2157] Ihrer Auffassung nach sollen bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten die Fälle mittelbarer Gefahrschaffung vorrangig über die Regeln des § 25 dStGB gelöst werden.[2158]

537 Demgegenüber geht *Frisch* davon aus, dass die Frage nach dem Vorliegen eines tatbestandsmässigen Verhaltens im Verhältnis zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme vorrangig sei.[2159] *Frischs* Lehre des tatbe-

2153 Siehe die Einschätzung bei *Stratenwerth,* AT I[4], §13 N. 11; LK[12]-*Schünemann,* §25 N. 11; vgl. auch NK[5]-*Schild,* §25 N. 23, der betont, dass es eine Vielfalt unterschiedlicher Tatherrschaftslehren gebe. Dazu auch *ders.,* Tatherrschaftslehren, *passim.*

2154 Dazu eingehend *Roxin,* Täterschaft und Tatherrschaft[9], 107 ff.; *ders.,* AT II, §25 N. 27 ff.

2155 So *Stratenwerth,* AT I[4], §13 N. 6.

2156 *Donatsch/Tag,* Strafrecht I[9], 168 ff.; *Hurtado Pozo,* N. 1079 ff.; *D. Huber,* Mittelbare Täterschaft, 72 ff.; *Nydegger,* Zurechnungsfragen der Anstiftung, 78; *Peter,* Mittäterschaft, 53 f.; *Riklin,* AT[3], §18 N. 9 f.; *Schultz,* AT[4], 286; *Seelmann/Geth*[6], N. 393 (ebenso *Geth*[7], N. 393); CR-*Sträuli,* vor Art. 24–27 N. 22 f.; *Stratenwerth,* AT I[4], §13 N. 11; Trechsel/Noll/Pieth, AT[7], 193.

2157 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 293 [Hervorhebung entfernt]; zur «Kollision» der objektiven Zurechnung und der Tatherrschaftslehre auch *v. Atens,* Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 176 ff.

2158 *Goeckenjan,* Revision der objektiven Zurechnung, 188 ff. und 293 f.

2159 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 373 f. Fn. 533.

standsmässigen Verhaltens ist gegenüber den unterschiedlichen Beteiligungsformen indifferent, weil das Verhalten von Täter:innen und Teilnehmer:innen gleichermassen als missbilligte Risikoschaffung qualifiziert wird.[2160] Die Beteiligungsformen werden als blosse «Strafbarkeitsfiguren»[2161] oder «Bestrafungsfiguren»[2162] aufgefasst. Eben dies begründet er damit, dass Täter:innen und Teilnehmer:innen gleichermassen den Achtungsanspruch des geschützten Rechtsgutes verletzten und deswegen in gleicher Weise tatbestandsmässig handelten.[2163] Indem *Frisch* das Verhalten von Täter:innen und Teilnehmer:innen gleichermassen als tatbestandsmässiges Verhalten qualifiziert, negiert er das Postulat des restriktiven Tatbegriffs, wonach nur Täter:in sein kann, wer tatbestandsmässig handelt.[2164] Der Begriff des tatbestandsmässigen Verhaltens ist weiter gefasst als derjenige des täterschaftlich-tatbestandsmässigen Verhaltens, von dem das gesetzliche Beteiligungssystem ausgeht.[2165]

538 Daran ändert der Hinweis nichts, dass auch Teilnahmenormen ein tatbestandsmässiges Verhalten definieren.[2166] Ausgehend von einem restriktiven Tatbegriff und dem damit verbundenen Verständnis der Teilnahmenormen als Strafbarkeitsausdehnungsgründe ist das Verhalten von Anstifter:innen und Gehilf:innen richtigerweise gerade nicht als tatbestandsmässiges Verhalten zu verstehen, das bereits über das «Grundmodell eines Erfolgsdelikts» erfasst ist.[2167] Über das «Grundmodell des Erfolgsdeliktes» ist ausgehend von einem restriktiven Tatbegriff vielmehr das tatbestandsmässige Verhalten der Täter:in erfasst, das den jeweiligen Straftatbestand erfüllt.[2168] Das Verhalten von Teilnehmer:innen ist hingegen nur im Sinne

2160 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 301 f., 215 Fn. 235, wonach Tatherrschaft normtheoretisch und funktional kein Kriterium der missbilligten Risikoschaffung sei, sondern ein Kriterium, «das über die (Art der) Sanktionierung der Gefahrschaffung» entscheide. Dass die missbilligte Risikoschaffung beteiligungsindifferent ist, trifft auch bei der Lehre der objektiven Zurechnung zu. Vgl. dazu *Böhringer,* Fahrlässige Mittäterschaft, 180 m.w.N.

2161 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 303.

2162 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 373 f. Fn. 533.

2163 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 281 und 302.

2164 Kritisch auch *Renzikowski,* Täterbegriff, 120 ff.; Maurach/Gössel/Zipf-*ders.,* AT II[8], § 47 N. 28.

2165 Ebendies erkennt auch *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 302 f.

2166 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 302 Fn. 251.

2167 Vgl. aber *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 302; in diese Richtung auch *Hamdorf,* Beteiligungsmodelle, 404.

2168 Vgl. *Renzikowski,* Täterbegriff, 121 f.

der Teilnahmenormen tatbestandsmässig.[2169] Kurz: Das Anstiften einer Person zur Tötung einer Drittperson ist kein tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne von Art. 111 oder Art. 112 , sondern ein tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne von Art. 24 Abs. 1 StGB.[2170] *Frischs* Verständnis des tatbestandsmässigen Verhaltens dürfte sich deshalb zwar nahtlos in das österreichische Beteiligungssystem einfügen, das von einem funktionalen Einheitstäterbegriff ausgeht.[2171] Dem in der Schweiz geltenden Beteiligungssystem vermag es jedoch nicht gerecht zu werden.

539 Anders liegt es aber, wenn man – wie hier – die Schaffung eines missbilligten Risikos unter konsequenter Anwendung des Verantwortlichkeitsprinzips so bestimmt, dass nur das Verhalten von Täter:innen als Schaffung eines missbilligten Risikos und somit als tatbestandsmässiges Verhalten im Sinne eines Erfolgsdeliktes qualifiziert wird.[2172] Die konsequente Anwendung des Verantwortlichkeitsprinzips führt im Vergleich zur vorherrschenden Tatherrschaftslehre zu einer restriktiveren Annahme der Täterschaft.[2173] Weil sich aus dem Verantwortlichkeitsprinzip bereits klare Kriterien zur Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen ergeben, bedarf es für die damit verbundenen Fragestellungen keiner zusätzlichen Kriterien. Das heisst: Für die Abgrenzung von Verantwortlichkeitsbereichen, also beispielsweise für die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung, braucht es keine Täterschaftslehre und kein Tatherrschaftskriterium. Solche Abgrenzungen können alleine über das Verantwortlichkeitsprinzip getroffen werden. Daher sind auch keine Gründe ersichtlich, weshalb beim Fahrlässigkeitsdelikt ein anderer Tatbegriff gelten soll als beim Vorsatzdelikt.

540 Weil sich aus dem Verantwortlichkeitsprinzip selbst aber nicht die Kriterien ergeben, unter denen die Zuschreibung einer Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen zwischen zwei oder mehr Personen zulässig ist,[2174] bedarf es für diese Fragestellungen zusätzlicher Kriterien, die allenfalls aus

2169 Dies setzt freilich mit *Renzikowski,* Täterbegriff, 67 ff.; Maurach/Gössel/Zipf-*ders.,* AT II⁸, § 47 N. 19 ff. die richtige Annahme voraus, dass den Teilnahmebestimmungen im StGB eigene Verhaltensnormen zugrunde liegen. Eine Bestrafung wegen der Teilnahme an einer Straftat ist nur dann mit dem Schuldprinzip zu vereinbaren, wenn der Teilnehmer:in selbst die Verletzung einer Verhaltensnorm vorgeworfen werden kann.

2170 Vgl. Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski.,* AT II⁸, § 47 N. 19 ff.

2171 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 302.

2172 Dazu oben N. 513 ff. und N. 525 ff.

2173 Ausgeschlossen wäre die mittelbare Täterschaft kraft Wissensherrschaft beim Veranlassen eines vermeidbaren Tatbestandsirrtums sowie die Möglichkeit einer Tatherrschaft kraft eines organisatorischen Machtapparates, sofern hier nicht von einer Verbindung von Verantwortlichkeitskreisen ausgegangen wird.

2174 Dazu oben N. 520.

den bereits existierenden Täterschaftslehren gewonnen werden könnten. Damit würde den Täterschaftslehren auch in Zukunft eine dogmatische Funktion zukommen. Da diese aber auf die Frage nach der Verknüpfung von Verantwortlichkeitsbereichen beschränkt ist, muss fraglich bleibe, ob man diese Lehren weiterhin als «Täterschaftslehren» bezeichnen will.

E. Fazit

541 Das Verantwortlichkeitsprinzip ist bereits bei der Bestimmung der Schaffung eines missbilligten Risikos zu berücksichtigen.[2175] Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die beschuldigte Person ihren eigenen Verantwortlichkeitsbereich autonom mit jenem von anderen Personen verbunden hat, so ist eine missbilligte Risikoschaffung grundsätzlich nur dann zu bejahen, wenn die beschuldigte Person entweder unmittelbar eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen oder sie das spezifische Risiko geschaffen hat, dass eine nicht eigenverantwortlich handelnde Person unmittelbar eine rechtlich relevante Gefahr für ein eigenes oder fremdes Rechtsgut schafft.[2176] Der Massstab für die Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit der unmittelbar gefahrschaffenden Person richtet sich bei der bloss mittelbaren Gefahrschaffung nach den Kriterien der Einwilligung, sofern die unmittelbar gefahrschaffende Person eigene Rechtsgüter in Gefahr bringt.[2177] Bringt die unmittelbar gefahrschaffende Person hingegen Rechtsgüter von Drittpersonen in Gefahr, so hängt die Eigenverantwortlichkeit nach den üblichen Kriterien der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ab.[2178]

542 Hat die beschuldigte Person eine Garantenstellung übernommen oder mittäterschaftlich mit anderen Personen zusammengewirkt, so hat sie für die dadurch vollzogene autonome Erweiterung des eigenen Verantwortlichkeitsbereiches einzustehen. Im Falle der Mittäterschaft geschieht die Erweiterung des eigenen Verantwortlichkeitsbereichs durch die Verbindung des eigenen mit den Verantwortlichkeitsbereichen Dritter. Die Kriterien für die Zuschreibung einer Verbindung von Verantwortlichkeitsbereichen ergeben sich aber nicht aus dem Verantwortlichkeitsprinzip,[2179] weshalb hier näher zu untersuchen ist, nach welchen Kriterien eine solche Zuschreibung zulässig erscheint. Zu beachten ist, dass die Zuschreibung einer Verbindung von Verantwortlich-

2175 Dazu oben N. 525 ff.

2176 Siehe oben N. 523 f.

2177 Siehe oben N. 467 f.

2178 Dazu oben N. 513 ff.

2179 Siehe oben N. 520.

keitsbereichen nichts daran ändert, dass dieser erweiterte Verantwortlichkeitsbereich von den Verantwortlichkeitsbereichen Dritter abzugrenzen ist.[2180] Dies bedeutet, dass aus diesem erweiterten Verantwortlichkeitsbereich heraus eine unmittelbare Gefahr oder aber das spezifische Risiko geschaffen werden muss, dass eine nicht eigenverantwortlich handelnde Person eine unmittelbare Gefahr für sich selbst oder für Drittpersonen schafft.

543 Wird das Verantwortlichkeitsprinzip bereits bei der Schaffung eines missbilligten Risikos berücksichtigt und sind die Anforderungen erfüllt, so bedarf es zur Begründung der Täterschaft keiner weiteren Kriterien. Ist eine missbilligte Risikoschaffung im Sinne der dem Tatbestand eines Erfolgsdeliktes zugrundeliegenden Verhaltensnorm hingegen zu verneinen, so bleibt u.U. zu prüfen, ob die beschuldigte Person ein missbilligtes Risiko im Sinne der Teilnahmenormen geschaffen hat.[2181]

IV. Ergebnisse

544 Die bisherige Untersuchung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte hat bestätigt, dass sowohl die *Schaffung eines missbilligten Risikos* als auch die *Verwirklichung des missbilligten Risikos* als objektive Tatbestandsmerkmale von Erfolgsdelikten anzusehen sind. Insofern lässt sich festhalten, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung immerhin im Kern, nämlich mit Blick auf die von der sog. Grundformel benannten Kriterien,[2182] eine Daseinsberechtigung hat. Trotzdem – oder gerade weil die Kriterien der Lehre von der objektiven Zurechnung im Kern eine Daseinsberechtigung haben – ist es notwendig, diejenigen Kriterien auszusondern, die bei genauem Hinsehen keine objektiven Tatbestandsvoraussetzungen sind und somit richtigerweise auch nicht als Kriterien der objektiven Zurechnung angesehen werden können.

A. Überflüssige Zurechnungsgesichtspunkte

1. Die Risikoverringerung

545 Verhaltensweisen, durch die eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut verringert werden, dürften regelmässig straflos bleiben. In vielen dieser Fälle dürfte der Grund für die Straflosigkeit aber nicht bereits auf der Ebene des objektiven

2180 Dazu oben N. 537.

2181 Zur Annahme, dass den Teilnahmenormen eigene Verhaltensnormen zugrunde liegen: *Renzikowski*, Täterbegriff, 67 ff.; Maurach/Gössel/Zipf-*ders.*, AT II^{8}, § 47 N. 19 ff.

2182 Zur Grundformel der objektiven Zurechnung oben N. 18 ff.

Tatbestandes, sondern erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu finden sein.[2183] Gemeint sind damit diejenigen Situationen, in denen die eingreifende Person eine Gefahr für ein fremdes Rechtsgut bannt, indem sie das Ausgangsrisiko durch ein anderes, weitaus weniger schwerwiegendes Risiko ersetzt. Zu denken ist Beispielsweise an den Fall, dass die Gefahr, dass eine Person von einem heranrasenden Lastwagen überfahren wird, dadurch abgewendet wird, dass diese Person von einer anderen gewaltsam von der Fahrbahn gerissen wird, sodass sie hinfällt und sich Schürfwunden zuzieht. Dass das Risiko von Schürfwunden im Kontext einer Rettungshandlung stattgefunden hat, ist erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen. Unter dem Gesichtspunkt der missbilligten Risikoschaffung ist lediglich relevant, dass die mit dem Verhalten verbundenen Verletzungsrisiken ein allgemein tolerierbares Mass überschreiten.[2184]

546 Neben diesen Fällen der Risikoersetzung gibt es aber auch Fälle echter Risikoverringerung, bei denen das Ausgangsrisiko verringert wird, ohne dass zugleich ein anderes Risiko geschaffen oder erhöht wird. In diesen Situationen wird bereits die Schaffung eines missbilligten Risikos zu verneinen sein. Der Grund hierfür liegt aber nicht darin, dass das Risiko für das bedrohte Rechtsgut im Ergebnis verringert wurde – denn das trifft ja auch auf die Fälle der Risikoersetzung zu. Entscheidend ist vielmehr, dass in diesen Fällen kein Risiko geschaffen oder erhöht wurde, sich die Schaffung eines missbilligten Risikos also nicht positiv begründen lässt.[2185]

2. *Das «erlaubte Risiko»*

547 Kein Zurechnungsgesichtspunkt ist auch das sog. *«erlaubte Risiko»,* soweit mit diesem Begriff ein eigenständiges Kriterium für den Ausschluss der objektiven Zurechnung bezeichnet wird, das seinerseits aus einer Kaskade von Subkriterien besteht, obwohl *prima facie* die Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften im Zentrum stehen soll.[2186]

548 Dass sich hinter der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften noch eine ganze Reihe weiterer Kriterien verbirgt, die gerade dann eingreifen sollen, wenn das Abstellen auf das primäre Kriterium nicht zu adäquaten Ergebnissen führen würde, ist an sich bereits ein ganz deutlicher Hinweis darauf, dass

2183 Siehe oben N. 279.

2184 Mit anderen Beispielen oben N. 278 f.

2185 Dazu oben N. 281.

2186 So wird das erlaubte Risiko etwa bei *Roxin/Greco,* AT I^5, §11 N. 66 und §24 N. 15 ff. verstanden. Siehe auch oben N. 321 ff.

das erlaubte Risiko auf dysfunktionalen Kriterien beruht.[2187] Das Befolgen von Sorgfaltsvorschriften erscheint nur dort und so lange als taugliches Kriterium zur Bemessung des missbilligten Risikos, als die tatsächliche Gefahrenlage durch die Zugrundelegung einer *ex ante*-Perspektive ausgeblendet wird. Sobald sich die tatsächlichen Risiken aber auch aus der *ex ante*-Sicht nicht mehr negieren lassen, beispielsweise weil offensichtlich ist, dass die Ausübung einer Tätigkeit selbst bei Einhaltung der Sicherheitsvorschriften mit erheblichen Risiken für die Rechtsgüter Dritter verbunden ist, wird klar, dass die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften nicht das ausschlaggebende Kriterium sein kann.[2188] Eben dies hat im Grunde auch die herrschende Meinung erkannt, die die Massgeblichkeit der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften längst relativiert hat, um dann in denjenigen Fällen, in denen das Kriterium nicht passt, aushilfsweise ein anderes einzusetzen.[2189]

549 Für die Frage, ob ein Verhalten mit einer nicht mehr tolerierbaren Gefahr für die Rechtsgüter Dritter verbunden ist, kann nicht massgeblich sein, ob Sicherheitsvorschriften eingehalten wurden oder nicht. Denn die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften sagt letztlich nichts über die Grösse des Risikos und die Schwere der drohenden Verletzung aus. Zwar kann es gewisse (negative) Korrelationen zwischen diesen Parametern geben, weil die Einhaltung von Sicherheitsvorschriften häufig zur Vermeidung von Verletzungsrisiken beiträgt. Dies muss jedoch nicht immer der Fall sein. Ist ein Verhalten trotz der Einhaltung von Sorgfaltsvorschriften mit erheblichen Risiken für wichtige Rechtsgüter verbunden, so wäre es verkehrt, im objektiven Tatbestand bei der Beurteilung der missbilligten Risikoschaffung von einem «erlaubten Risiko» auszugehen, nur weil Sorgfaltsvorschriften eingehalten wurden.[2190]

550 Entscheidend müssen vielmehr das tatsächliche Risiko und die Schwere der drohenden Verletzung sein – unabhängig davon, ob diese Faktoren *ex ante* bereits erkennbar waren oder nicht. Für diese Beurteilung braucht es den ganzen Ballast, der sich innerhalb und um das Konzept des erlaubten Risikos angesammelt hat, nicht. Als eigenständiges Kriterium oder Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung hat das «erlaubte Risiko» also keine Daseinsberechtigung.

2187 Dazu bereits oben N. 337 ff.

2188 Dazu oben N. 340

2189 Eine solche Relativierung findet sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Fahrlässigkeit, bei der das Bundesgericht nach seinen Erörterungen zum erlaubten Risiko jeweils darauf hinzuweisen pflegt, dass ein Fahrlässigkeitsvorwurf auch auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere dem allgemeinen Gefahrensatz, beruhen könne. Siehe etwa BGE 135 IV 56 E. 2.1. Eingehend zur Bemessung des erlaubten Risikos, oben N. 320 ff..

2190 Dazu oben N. 339.

Selbstverständlich gilt es aber anzuerkennen, dass es auch ohne das «erlaubte Risiko» weiterhin erlaubte Risiken geben wird, also solche, deren Schaffung im Ergebnis nicht verboten und somit erlaubt ist.[2191] 551

3. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang

552 Im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges wird bekanntlich geprüft, ob der Erfolgseintritt auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens zurückzuführen war oder nicht. Oder mit anderen Worten: Es wird geprüft, ob sich im Erfolgseintritt gerade das missbilligte Risiko verwirklicht oder ob sich das «erlaubte Risiko» im Erfolg niederschlägt.[2192] Dazu wird der tatsächliche Geschehensverlauf mit einem hypothetischen Geschehensverlauf verglichen, der auf der Hypothese eines Verhaltens beruht, das sich im Rahmen des «erlaubten Risikos» bewegt.[2193] Weil und insoweit der Pflichtwidrigkeitszusammenhang damit unmittelbar mit dem Konzept des «erlaubten Risikos» verknüpft wird, müssen beide Gesichtspunkte dasselbe Schicksal teilen: Für beide gilt, dass sie bei Begehungsdelikten als eigenständiges Kriterium der objektiven Zurechnung keine Daseinsberechtigung haben. Hat nämlich bereits das «erlaubte Risiko» keinen Platz im objektiven Tatbestand, so trifft dies auch für den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu.

553 Nun liesse sich die Hypothese freilich auch anders bilden, so dass man hierfür nicht länger auf das «erlaubte Risiko» angewiesen wären, beispielsweise indem man mit *Jakobs* von der Unterlassung des riskanten Verhaltens ausginge. Dann bliebe von der Idee des Risikozusammenhangs aber nicht viel übrig.[2194]

554 Dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht als Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung bzw. als objektives Tatbestandsmerkmal anzuerkennen ist, bedeutet aber freilich nicht, dass das Konzept des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges per se keine Existenzberechtigung habe. Sowohl bei der Prüfung der unbewussten Fahrlässigkeit als auch bei der hypothetischen Kausalität ist die Hypothese des gebotenen Alternativverhaltens nicht wegzudenken.

4. Der Schutzzweckzusammenhang (Schutzzweck der Sorgfaltsnorm)

555 Ähnlich wie mit dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang verhält es sich mit dem Schutzzweckzusammenhang, bei dem geprüft wird, ob der eingetretene

---

2191 Siehe zu begrifflichen Unklarheiten in Bezug auf das «Erlaubte Risiko» oben N. 294.

2192 Siehe oben N. 417 ff.

2193 Zur Bestimmung des pflichtgemässen Verhaltens oben N. 419 ff.

2194 Dazu oben N. 422 ff., insb. N. 427.

Erfolg vom Schutzzweck der Sorgfaltsnorm gedeckt ist. Tragen Sorgfaltsvorschriften nämlich nichts zur Bestimmung des missbilligten Verhaltens bei, so kann deren Schutzzweck auch nichts zur Frage der Risikoverwirklichung aussagen.[2195]

556 Im Übrigen existiert auch keine gesicherte Methodik zur Bestimmung des Schutzzwecks. Was der Schutzzweck der Norm sei, wird vielfach einfach behauptet, ohne dass dies näher begründet oder hergeleitet würde. Deswegen erstaunt es auch nicht, dass über den Schutzzweck der Sorgfaltsnorm häufig versucht wird, diejenigen Fälle zu lösen, bei denen nicht auf Anhieb klar ist, wie sie sonst gelöst werden sollten. Bei näherem Hinschauen und unter Anwendung einer methodisch sauberen Prüfweise lassen sich jedoch auch diese Fälle häufig über andere Zurechnungsgesichtspunkte lösen. Aus diesem Grund wird man auf den Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm im objektiven Tatbestand ohne Weiteres verzichten können.

557 Doch auch hier ist anzumerken, dass Überlegungen im Hinblick auf den Schutzzweck von Sorgfaltsnormen nicht *schlechthin* entbehrlich sind. Gerade bei der Bestimmung der Fahrlässigkeit können Schutzzwecküberlegungen durchaus zu einer notwendigen Beschränkung der Fahrlässigkeitshaftung beitragen. Sie bilden in diesem Fall aber ein subjektives und eben kein objektives Kriterium. Damit Schutzzwecküberlegungen aber einen gehaltvollen Beitrag zu einer notwendigen Beschränkung der Fahrlässigkeitshaftung leisten können, müsste eine schlüssige Methodik zur Bestimmung des Schutzzwecks entwickelt werden.

5. Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung

558 Bei Fällen der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung besteht Einigkeit, dass die Strafbarkeit der mitwirkenden Person entfallen soll, zumal sich die Kriminalisierung solcher Verhaltensweisen mit Blick auf die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der sich selbst gefährdenden Person nicht legitimieren lässt. Gestritten wird nun in der Literatur aber über die genaue dogmatische Begründung der Straflosigkeit.[2196] Wenig erstaunlich beruht dabei die überwiegende Mehrzahl der Lösungsansätze auf der von der h.M. vertretenen Annahme, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt ein extensiver Einheitstäterbegriff gelte.[2197] Dementsprechend bauen diese Lösungsansätze auf der Grundannahme auf, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt auch die mittelbare Mitwirkung an der Herbeiführung des Tatbestandes prin-

2195 So bereits oben N. 416.

2196 Eingehend dazu oben N. 447 ff.

2197 Für Nachweise siehe oben N. 445 mit Fn. 1802.

zipiell täterschaftlich-tatbestandsmässig sei. Ausgehend davon versuchen diese Lösungsansätze die Kriterien zu bestimmen, unter denen die Mitwirkung an einem selbstgefährdenden Verhalten einer anderen Person ausnahmsweise nicht tatbestandsmässig sein soll. Dabei gelangen auch diese Ansätze in vielen Fällen zum korrekten Ergebnis, weil und soweit sie die Tatbestandsmässigkeit ausschliessen, sofern die sich selbst gefährdende Person selbstverantwortlich gehandelt hat.[2198]

559 Würde man hingegen die Grundannahme hinterfragen, wonach beim Fahrlässigkeitsdelikt ein extensiver Einheitstäterbegriff gilt, so würde rasch deutlich, dass es kaum stichhaltige Gründe gibt, die diese Annahme stützen. Geht man nun aber auch beim Fahrlässigkeitsdelikt richtigerweise von einem restriktiven Täterbegriff aus, so ändert sich die Begründungslast. Zu begründen ist dann nicht länger, weshalb die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ausnahmsweise nicht tatbestandsmässig sein soll. Stattdessen gilt es positiv zu bestimmen, unter denen die mittelbare Tatbegehung überhaupt strafbar sein soll.[2199] Entgegen der herrschenden Meinung ist auch beim Fahrlässigkeitsdelikt die Tatbestandsmässigkeit der bloss mittelbaren Tatbegehung keineswegs selbstverständlich. Negiert man aber den extensiven Einheitstäterbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt, so verneint man die Grundlage, auf der die Dogmatik zur Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung beruht.

560 Entgegen der herrschenden Meinung bleibt die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung nicht deswegen straflos, weil mit Blick auf die mitwirkende Person die objektive Zurechnung ausgeschlossen wird, sondern vielmehr deshalb, weil eine strafrechtliche Verantwortlichkeit gar nicht erst begründet werden kann.[2200] Es braucht folglich die Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und die zu dieser Zurechnungsfigur entwickelte Dogmatik gar nicht. Was es braucht, ist eine schlüssige Täterschaftslehre, die in der Lage ist, nicht nur beim Vorsatz-, sondern auch beim Fahrlässigkeitsdelikt zwischen Täterschaft und Teilnahme zu unterscheiden.

6. Einverständliche Fremdgefährdung

561 Ähnlich wie bei der Mitwirkung an der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung liegt es auch bei der einverständlichen Fremdgefährdung: Auch hier gelangt die Lehre, die die einverständliche Fremdgefährdung als Gesichts-

2198 Dies gilt jedenfalls unter dem Vorbehalt, dass ein tragfähiges Konzept der Selbstverantwortlichkeit vertreten wird.

2199 Massgeblich muss sein, ob die sich selbst gefährdende oder verletzende Person eigenverantwortlich handelt,

2200 Vgl. N. 486

punkt der objektiven Zurechnung ansieht, im Ergebnis häufig zu der richtigen Lösung, dass eine Fremdgefährdung nicht strafbar ist, wenn die gefährdete Person zuvor selbstverantwortlich zugestimmt hat.[2201] Nur: Die Rechtsfigur der einverständlichen Fremdgefährdung braucht es im Grunde nicht, weil sich sämtliche Fälle auch über die Einwilligung lösen lassen.[2202] Dies gilt jedenfalls unter der Voraussetzung, dass eine Einwilligungsdogmatik vertreten wird, bei der richtigerweise davon ausgegangen wird, dass sich die Einwilligung auf eine bestimmte Handlung und nicht notwendigerweise auch auf den eingetretenen Erfolg beziehen müsse.[2203]

7. Fazit

562 Die vorangehende Untersuchung hat gezeigt, dass eine grosse Anzahl der herkömmlichen Gesichtspunkte der Lehre der objektiven Zurechnung entweder auf andere Stufen des Straftatsystems übergreifen oder aufgrund konzeptioneller Mängel schlechthin überflüssig sind. Als Kriterien einer objektiven Zurechnung braucht es sie jedenfalls nicht. Will man das Konzept der objektiven Zurechnung oder die Idee in einem weiteren Sinn einer normativen Eingrenzung des objektiven Tatbestandes von Erfolgsdelikten nicht vollständig über Bord werfen, so wird man sie auf den legitimierbaren Kern reduzieren müssen.

B. Verbleibende Zurechnungskriterien

563 Es wurde bereits angemerkt, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung im Kern, nämlich im Hinblick auf die von der Grundformel genannten Kriterien, eine selbstständige Daseinsberechtigung hat. Es lohnt sich deshalb, abermals einen Blick auf die von *Rudolphi* geprägte Grundformel zu werfen:

> «Objektiv zurechenbar ist ein durch menschliches Verhalten verursachter Unrechtserfolg nur dann, wenn dieses Verhalten eine rechtlich mißbilligte Gefahr des Erfolgseintritts geschaffen und diese Gefahr sich auch tatsächlich in dem konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat.»[2204]

564 Die Grundformel benennt zwei Kriterien: Erstens muss ein Verhalten eine rechtlich missbilligte Gefahr eines Erfolgseintritts geschaffen haben und

2201 Siehe oben N. 469 ff., N. 483 und N. 485.

2202 Siehe oben N. 472 und N. 485.

2203 Mit weiteren Nachweisen oben N. 472.

2204 SK[1]-*Rudolphi*, vor §1 N. 57; für weitere Nachweise siehe N. 18 Fn. 91.

zweitens muss sich diese Gefahr auch in dem tatsächlich eingetretenen Erfolg verwirklicht haben. In der herkömmlichen Lehre der objektiven Zurechnung bezeichnen diese beiden Kriterien die zwei Stufen der objektiven Zurechnung, innerhalb deren dann weitere Zurechnungsgesichtspunkte und Fallgruppen diskutiert werden. Dabei wird jeweils versucht, negativ zu bestimmen, welche Verhaltensweisen *keine* missbilligte Gefahrschaffung darstellen und bei welchen Kausalverläufen *keine* Verwirklichung der missbilligten Gefahr vorliegt. Dabei wurde aber die Ausarbeitung der positiven Voraussetzungen der missbilligten Gefahrschaffung und der Verwirklichung ebendieser missbilligten Gefahr vernachlässigt. Anstatt Problemlösungen auf allgemeine Grundvoraussetzungen für die missbilligte Gefahrschaffung und -verwirklichung zurückzuführen, wurden immer neue Fallgruppen gebildet, für die dann jeweils eigene Kriterien und Voraussetzungen zu bestimmen sind.[2205] Aufgrund dessen blieben die in der Grundformel genannten Kriterien der missbilligten Gefahrschaffung und -verwirklichung diffus. Nachfolgend sind die positiven Voraussetzungen der beiden Kriterien daher näher zu erläutern.

1. Missbilligte Gefahrschaffung

565 Das Erfordernis der missbilligten Gefahrschaffung besteht im Wesentlichen aus zwei Komponenten: Erstens dem Gefahrenbegriff, von dem man auch als Gefahrschaffungskriterium i.e.S. oder Gefahrschaffungsprinzip sprechen könnte. Dieses Kriterium umschreibt die mit einem Verhalten verbundene Bedrohungslage für das tatbestandlich geschützte Rechtsgut, aufgrund der eben dieses äusserliche Verhalten von der dem Tatbestand zugrundeliegenden Verhaltensnorm verboten wird (a.). Zweitens besteht das Erfordernis der missbilligten Gefahrschaffung aus einem Unmittelbarkeits- oder Verantwortlichkeitskriterium, das beschreibt, dass die dem Tatbestand zugrundeliegende Verhaltensnorm nicht jegliches Verursachen einer Gefahr verbietet, sondern prinzipiell nur diejenigen Verhaltensweisen, durch welche eine Gefahr ohne das Zutun einer strafrechtlich verantwortlich handelnden Drittperson herbeigeführt wird (b.).

a. Gefahrschaffungskriterium i.e.S.

566 Bereits *Frisch* hat darauf aufmerksam gemacht, dass eine Verhaltensnorm ein Verhalten nicht bereits deshalb verbieten könne, weil sie sich zur Herbei-

2205 Zur Orientierung an Fallgruppen oben N. 22 ff. Zur Entwicklung und Ausarbeitung der Lehre der objektiven Zurechnung durch Roxin oben N. 141 ff. und N. 150 ff.

führung eines tatbestandsmässigen Erfolges eigne.[2206] Nach *Frisch* kann das verbotene Verhalten vielmehr nur dadurch gekennzeichnet werden, dass es ein *ernst zu nehmendes Risiko eines Erfolgseintrittes* in sich berge.[2207] Nach hier vertretener Auffassung wird dieses ernst zu nehmende Risiko eines Erfolgseintrittes am besten durch den Begriff der *Gefahr* umschrieben.

567 Gemeint ist damit ein Zustand, der in eine Verletzung des tatbestandlich geschützten Rechtsgutes umschlagen könnte. Im Unterschied zum Notstand ist es dabei nicht erforderlich, dass die Gefahr in einem zeitlichen Sinn «unmittelbar» ist: Ein auf einem schmalen Fenstersims ungesichert abgestellter Blumentopf, der im Falle eines Gewitters hinabzustürzen und womöglich eine Passant:in zu erschlagen droht, dürfte bei schönem Wetter noch nicht als «unmittelbare Gefahr» im Sinne von Art. 17 StGB zu qualifizieren sein. Weil ein Gewitter aber ohne das Zutun von Dritten aufziehen und somit der Blumentopf hinabstürzen und eine Passant:in erschlagen kann, ist das Abstellen des Blumentopfes auch bei schönem Wetter bereits als missbilligte Gefahrschaffung zu qualifizieren. Kommt es zu einem Gewitter oder Sturm, bei dem der Blumentopf hinabgewindet wird und einen Menschen erschlägt, so wäre eine missbilligte Gefahrschaffung im Hinblick auf die Tötung eines Menschen (sowie die Verwirklichung ebendieser Gefahr) zu bejahen.

568 Der Zeitpunkt der Tatausführung bildet die Basis des Urteils, das *ex post* gefällt wird. Das heisst, dass sämtliche im Moment der Tatausführung gegebenen und *ex post* feststellbaren Umstände zu berücksichtigen sind, unabhängig davon, ob diese der handelnden Person bekannt sein konnten oder nicht.[2208] Denn die Frage, was der handelnden Person bekannt war oder bekannt sein konnte, betrifft erst den subjektiven Tatbestand. Sie bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes zu berücksichtigen wäre, wie die Kritiker:innen der objektiven Zurechnung zu Recht monieren, systemwidrig.[2209]

2206 Nach *M.L. Müller,* Kausalzusammenhang, 24 f. kann die Verhaltensnorm nicht bereits an die Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung anknüpfen. Ähnlich auch *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82, der wie hier von der Eignung zur Erfolgsherbeiführung spricht.

2207 *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 82; dazu bereits oben N. 167 ff.

2208 Wie hier etwa auch *Börgers,* Gefahrurteil, 56 ff., 85 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 117, 133; *Frister,* AT[8], 10/35 ff.; möglicherweise auch *Seher,* Zurechnung, 484 ff.; *ders.,* FS Frisch, 217 ff.; in diese Richtung bereits, *ders.,* Jura 2001, 817. Siehe auch oben N. 244 ff.

2209 Zur Kritik oben N. 238 ff. Ebenfalls abzulehnen ist damit auch die *ex ante*-Beurteilung der Gefahr beim rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand, wie es die herrschende Meinung fordert. Für eine *ex post*-Beurteilung auch beim Notstand *Börgers,* Gefahrurteil, 239.

b. Verantwortlichkeitsprinzip

569 Das Verantwortlichkeitsprinzip dient dazu, bei Geschehen mit mehreren beteiligten Personen zwischen tatsächlich tatbestandsmässigen Verhaltensweisen und solchen zu unterscheiden, die straffrei bleiben oder lediglich eine Teilnahme im Sinne von Art. 24 f. StGB darstellen.[2210] Entgegen der teilweise missverständlichen Bezeichnung «rechtlich missbilligte Gefahrschaffung» oder «rechtlich relevante Risikoschaffung» geht es beim Kriterium der missbilligten Gefahrschaffung innerhalb des objektiven Tatbestandes nicht darum, eine Aussage darüber zu treffen, ob ein Gefahrschaffung «rechtlich» oder «strafrechtlich» missbilligt oder auch nur relevant sei. Geprüft werden kann nämlich sinnvollerweise nur, ob ein Verhalten im Hinblick auf den jeweils zu prüfenden Tatbestand missbilligt oder relevant ist. Ausgehend von der Einsicht, dass nicht jedes beliebige kausale Verursachen einer Gefahr als missbilligte Gefahrschaffung (und somit als potenziell tatbestandsmässiges Verhalten) qualifiziert werden kann, erscheint es notwendig, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen das unmittelbare oder mittelbare Herbeiführen einer Gefahr tatsächlich als tatbestandlich missbilligte Gefahrschaffung zu qualifizieren ist.

570 Während die unmittelbare Schaffung einer Gefahr ohne Weiteres tatbestandlich relevant ist, kann eine bloss mittelbare Gefahrschaffung zulasten der Rechtsgüter Dritter nach hier vertretener Auffassung prinzipiell nur tatbestandsmässig sein, wenn die Person, die eine Gefahr für die geschützten Rechtsgüter unmittelbar (oder unmittelbarer) hervorruft, nicht strafrechtlich verantwortlich handelt.[2211] Dies gilt prinzipiell unabhängig davon, ob die Person, die unmittelbar eine Gefahr für ein Rechtsgut schafft, vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Schafft eine Person fahrlässig eine unmittelbare Gefahr für das Rechtsgut einer Drittperson, so macht sich diejenige Person, die diese Gefahrschaffung ermöglicht hat, lediglich wegen der Teilnahme im Sinne von Art. 24 f. StGB an der Fahrlässigkeitstat strafbar, sofern die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Das heisst, dass nur die vorsätzliche Teilnahme an einer Fahrlässigkeitstat strafbar sein kann und eine bloss fahrlässige Mitwirkung nicht länger in eine fahrlässige Nebentäterschaft umgedeutet werden kann.[2212]

2210 Dazu eingehend oben N. 525 ff.

2211 Dazu oben N. 523 und N. 540.

2212 Zur Möglichkeit der vorsätzlichen Teilnahme an der Fahrlässigkeitstat oben N. 514 Fn. 2082.

571 Anders liegt es nur, aber immerhin dann, wenn eine Person ihren Verantwortlichkeitsbereich erweitert, beispielsweise, indem sie eine Garantenstellung übernimmt oder ihren Verantwortlichkeitsbereich mittäterschaftlich mit jenem einer anderen Person verbindet.[2213]

2. Verwirklichung der missbilligten Gefahr

572 Auf der Stufe der Verwirklichung der missbilligen Gefahr verbleibt im Grunde nur die Feststellung, ob und dass sich gerade diejenige Gefahr im konkreten Erfolg niedergeschlagen hat, aufgrund deren Schaffung das Verhalten als missbilligt qualifiziert wurde.[2214] Dies setzt aber voraus, dass bereits bei der Feststellung der missbilligten Gefahrschaffung sauber begründet wird, weshalb das zu beurteilende Verhalten als missbilligte Gefahrschaffung qualifiziert wurde.[2215]

2213 Dazu oben N. 516 ff.

2214 Siehe dazu oben N. 393 f.

2215 Vgl. *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 526 ff.

§4 Einsichten und Ausblick

I. Einsichten

573 Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, dass die Lehre von der objektiven Zurechnung immerhin im Kern, d.h. mit Blick auf die von der sog. Grundformel benannten Kriterien, eine selbstständige Daseinsberechtigung hat.[2216] Gleichzeitig wurde aber auch festgestellt, dass die gegen die Lehre der objektiven Zurechnung vorgebrachte Kritik in vielerlei Hinsicht ebenfalls zutreffend ist. Richtig ist zunächst die Kritik am objektivierten *ex ante*-Beurteilungsmassstab, den die herrschende Meinung bei der Schaffung eines missbilligten Risikos anlegen will.[2217] Dieser ist in der Tat nicht objektiv, weil er im Tatzeitpunkt objektiv gegebene Umstände unberücksichtigt lässt, sofern diese weder für die handelnde Person noch für die in ihrer Situation eingesetzte, objektivierte Massfigur erkennbar waren.[2218] Insoweit Kritiker:innen von den Mängeln dieses Beurteilungsmassstabs auf die Überflüssigkeit des Risikoschaffungserfordernisses schliessen, schiessen sie aber übers Ziel hinaus.[2219] Die Lösung besteht vielmehr darin, die Schaffung eines missbilligten Risikos anhand einer objektiven *ex post*-Perspektive zu beurteilen, bei der sämtliche im Tatzeitpunkt gegebenen Umstände berücksichtigt werden, nicht aber solche, die erst nachträglich eingetreten sind.[2220] Die Frage nach der Erkennbarkeit von Tatumständen stellt sich erst in Zusammenhang mit dem Vorsatz und der Fahrlässigkeit.[2221]

574 Ebenfalls berechtigt erscheint die von *Frisch* erhobene Kritik, wonach die Schaffung eines missbilligten Risikos nicht erst die Erfolgszurechnung und damit die Beziehung zwischen dem Verhalten der beschuldigten Person und dem Erfolgseintritt betreffe, sondern die vorgelagerte Frage, ob das Verhalten überhaupt gegen eine Verhaltensnorm verstossen hat.[2222] Zu beachten

2216 Siehe oben N. 543.

2217 Dazu oben N. 241 und N. 245 ff.

2218 Struensee, JZ 1987, 59 f.

2219 Siehe dazu oben N. 248 ff.

2220 Dazu oben N. 245 ff.

2221 *Börgers,* Gefahrurteil, 85 ff.; *Burkhardt,* SB Strafrechtssystem, 132 Frister, AT[8], 10/37; *Seher,* Zurechnung, 723 f.

2222 *Frisch,* Tatbestandsmässiges Verhalten, 33 ff. und *passim; ders.,* FS Roxin, 232; *ders.,* GA 2003, 733; *ders.,* JuS 2011, 210 f.; *ders.,* GA 2018, 561 ff.

ist aber, dass die Bedeutung dieser Feststellung für die Frage, ob die Schaffung eines missbilligten Risiko als Kriterium der objektiven Zurechnung anzusehen ist, letztlich nicht losgelöst von grundlegenden strafrechtsdogmatischen Annahmen diskutiert werden kann. Nicht zur objektiven Zurechnung gehört die Schaffung eines missbilligten Risikos dann, wenn die objektive Zurechnung als Lehre der Erfolgszurechnung begriffen wird.[2223] Versteht man die Lehre der objektiven Zurechnung aber als normativistische Form einer Handlungszurechnung, so kann die Schaffung eines missbilligten Risikos als Erfordernis der objektiven Zurechnung angesehen werden.[2224]

575 Die Lehre der objektiven Zurechnung überschneidet sich ferner mit den angrenzenden Bereichen der Fahrlässigkeitsdogmatik und der Beteiligungsformenlehre. Gerade mit Blick auf die Fahrlässigkeitsdogmatik ist dabei festzustellen, dass die objektive Zurechnung auf die Fahrlässigkeit übergreift und dadurch Kriterien, die richtigerweise der subjektiven Tatseite des Fahrlässigkeitsdelikts zuzuordnen wären, zu allgemeinen, objektiven Tatbestandsmerkmalen erklärt. Darin ist aber nicht nur ein Fehler der Lehre der objektiven Zurechnung zu sehen, sondern auch ein Hinweis auf Mängel im Straftatsystem. Dass der Übergriff der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die subjektive Tatseite des Fahrlässigkeitsdeliktes nicht als geradezu offenkundig verfehlt zu erkennen ist, liegt nämlich daran, dass in der vorherrschenden Fahrlässigkeitsdogmatik keine saubere Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen vorgenommen wird.[2225] Auch die Überlagerungen zwischen der Lehre der objektiven Zurechnung und der Beteiligungsformenlehre weisen auf Defizite im Straftatsystem hin, die gerade darin bestehen, dass sich die Entwicklung der Beteiligungsformenlehre bislang weitestgehend auf das Vorsatzdelikt beschränkt hat und die beim Fahrlässigkeitsdelikt bestehende Lücke deshalb durch die Lehre der objektiven Zurechnung ausgefüllt werden musste.[2226] Der Übergriff der Lehre der objektiven Zurechnung auf andere Bereiche des Straftatsystems kann daher gewissermassen als Mittel zur Bekämpfung der Symptome eines dysfunktionalen Systems gesehen werden.

2223 So *Frisch,* tatbestandsmässiges Verhalten, 50 ff.

2224 In diese Richtung *Roxin/Greco,* AT I^5, § 11 N. 51.

2225 Dazu oben N. 351 ff.

2226 Siehe oben N. 445.

II. Ausblick

A. Übertragung der Erkenntnisse in das bestehende System

576 Die Erkenntnisse dieser Arbeit lassen sich ohne Weiteres in das vorherrschende System implementieren, indem die objektive Zurechnung auf diejenigen Kriterien reduziert würde, denen eine eigenständige Daseinsberechtigung zugeschrieben werden kann. Würde man die objektive Zurechnung wie bisher im Anschluss an die Kausalität prüfen, so ergäben sich dabei für die Prüfung des Tatbestandes eines sog. reinen Erfolgsdeliktes folgende Schemata:[2227]

Vorsatzdelikt

1. Objektiver Tatbestand
   a. Handlung
   b. Erfolg
   c. Natürliche Kausalität
   d. Objektive Zurechnung
      i. Missbilligte Gefahrschaffung
         1. Gefahrschaffung i.e.S.
         2. Verantwortlichkeitsprinzip
      ii. Verwirklichung der missbilligten Gefahr
2. Subjektiver Tatbestand
   Vorsatz

Fahrlässigkeitsdelikt

1. Objektiver Tatbestand
   a. Handlung
   b. Erfolg
   c. Natürliche Kausalität
   d. Objektive Zurechnung
      i. Missbilligte Gefahrschaffung
         1. Gefahrschaffung i.e.S.
         2. Verantwortlichkeitsprinzip
      ii. Verwirklichung der missbilligten Gefahr
2. Subjektiver Tatbestand
   Fahrlässigkeit

577 In Anbetracht der vorausgehenden Ausführungen, in denen die objektive Zurechnung als Mittel zur Bekämpfung der Symptome eines dysfunktionalen Straftatsystems bezeichnet wurde, ist es aber zweifelhaft, ob dies tatsächlich die optimale Lösung wäre. Weil sich diese Lösung in das bestehende System integrieren liesse, wäre sie zwar sicherlich am einfachsten umzusetzen, was die Wahrscheinlichkeit, dass sich diese Lösung durchsetzen würde, wohl erheblich erhöhen würde.[2228] Gleichzeitig erwiese sich die Beibehaltung des

2227 Dies gilt jedenfalls dann, wenn man den Exkurs zur Bestimmung der Fahrlässigkeit (oben N. 355 ff.) auch mitberücksichtigen und auch beim Fahrlässigkeitsdelikt davon ausgehen würde, dass dieses einen objektiven und subjektiven Tatbestand hat.

2228 Vgl. dazu oben N. 217 ff., wo die Tatsache, dass sich *Roxins* Lehre der objektiven Zurechnung gegenüber anderen Entwürfen durchgesetzt hat, nicht zuletzt darauf zurückgeführt wurde, dass sich dieser Ansatz am einfachsten in das bestehende System integrieren liess.

vorherrschenden Systems aber auch als grösste Schwäche dieses Lösungsansatzes. Vorzugswürdig erschiene es daher, das gesamte Straftatsystem zu rekonstruieren und die hier gewonnenen Einsichten in die Rekonstruktion ebendieses Systems einfliessen zu lassen.

B. Rekonstruktion des Straftatsystems

578 Ausgehend von der Einsicht, dass das vorherrschende Straftatsystem eine Vielzahl von Defiziten und Mängeln aufweist, die daher rühren, dass das finalistische System nie wirklich überwunden wurde, erschiene es – anstatt die Einsichten dieser Arbeit einfach in das bestehende System zu integrieren – zielführender, eine vollständige Rekonstruktion des Straftatsystems in Angriff zu nehmen. Allerdings dürfte es sich von selbst verstehen, dass eine solche Rekonstruktion des gesamten Straftatsystems an dieser Stelle nicht geleistet werden kann. Dennoch soll knapp skizziert werden, wie eine solche Rekonstruktion aussehen könnte.

1. *Sehers* Zurechnungstheorie als Ausgangspunkt

579 Als Ausgangspunkt für die Rekonstruktion des Straftatsystems sollte dabei sinnvollerweise die von *Seher* entwickelte Zurechnungstheorie gewählt werden.[2229] Sie baut auf einer soliden normentheoretischen Grundlage auf, die auf der Gegenüberstellung von Verhaltens- und Zurechnungsnormen beruht.

580 Für die von *Seher* entwickelte Zurechnungstheorie spricht aber insbesondere, dass er die urteilende Person und die von ihr vollzogenen Zurechnungsakte in den Fokus nimmt. Die solide zurechnungstheoretische Grundlegung ist kein Glasperlenspiel, vielmehr hat sie handfeste Vorteile, weil die zurechnende Rede einen klaren Blick auf die massgebenden tatbestandlichen Strukturen ermöglicht. Deutlich wird dies insbesondere in Situationen, in denen eine Person für die mittelbare oder mittäterschaftliche Begehung einer Tat strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen ist. So ermöglicht es *Sehers* Konzept einer normativistischen Handlungszurechnung, das Verhalten der mittelbaren Täter:in *als Tathandlung* zuzurechnen.[2230] Dadurch wird richtig und klar zum Ausdruck gebracht, dass die Täterschaft stets für ihr eigenes Verhalten zur Verantwortung gezogen wird, auch wenn andere Personen zur Tatbestandsverwirklichung beitragen.

2229 *Seher,* Zurechnung, 628 ff., 718 ff.

2230 Zur Handlungszurechnung bei *Seher* bereits oben N. 197 ff.

581 Nach hier vertretener Auffassung kann und sollte die Zurechnungstheorie von *Seher* jedoch nicht ohne Weiteres in das schweizerische Strafrecht übertragen werden. Anders als das deutsche Strafgesetzbuch enthält das schweizerische StGB beispielsweise keine dem deutschen § 25 StGB entsprechende Regelung der Täterschaft.[2231] Die Strafbarkeit der mittelbaren Täterschaft und der Mittäterschaft kann daher nicht ohne Weiteres auf eine Gesetzesbestimmung gestützt werden, die als Zurechnungsnorm fungiert. Stattdessen ist mit Blick auf das hiesige Strafrecht richtigerweise davon auszugehen, dass die verschiedenen Arten der täterschaftlichen Tatbegehung bereits in der Umschreibung des durch die Verhaltensnormen verbotenen Verhaltens enthalten sind. Dementsprechend braucht es entgegen *Seher* kein Tatherrschaftsprinzip als eigenständiges Zurechnungsprinzip, um Fragen der Täterschaft zu klären, diese sind vielmehr bereits im Zusammenhang mit dem Normverletzungsprinzip zu klären.

2. Eine Skizze

582 Wie eben erwähnt könnte und sollte *Sehers* Zurechnungstheorie nicht ohne Weiteres in das schweizerische Strafrecht übertragen werden, sondern bedürfte einiger Anpassungen. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, wie eine für das schweizerische Strafrecht angepasste Zurechnungstheorie beim vorsätzlichen Begehungsdelikt im Verhältnis zu dem von *Seher* entworfenen Vorbild aussehen könnte (siehe auch die Gegenüberstellung auf S. 358). Für ein fahrlässiges Begehungsdelikt könnte im Wesentlich dieselbe Struktur übernommen werden, man müsste einfach den Vorsatz durch die für das Fahrlässigkeitsdelikt kennzeichnende Erkennbarkeit ersetzen.[2232]

583 Auf der Stufe des Unrechts sind nach *Sehers* Zurechnungstheorie bei Erfolgsdelikten zwei Zurechnungsakte erforderlich: eine Handlungs- und eine Erfolgszurechnung. Seine Ausführungen legen aber nahe, dass sodann noch ein weiterer Zurechnungsakt, nämlich die Zurechnung der Schuld, hinzukommen müsste.[2233] Die hier skizzierte Zurechnungslehre übernimmt diesen dreigliedrigen Aufbau.

584 Der erste Zurechnungsakt, den die urteilende Person zu vollziehen hätte, wäre demnach die *Zurechnung des Verhaltens der beschuldigten Person als Tathandlung*. Sie unterscheidet sich nicht nur terminologisch von *Sehers Zurechnung des Täterverhaltens als Tathandlung*.

2231 Botschaft 1998, 2012.

2232 Soweit ersichtlich trifft dies auch bei *Seher,* Zurechnung, 731 f. zu. Zur hier vertretenen Fahrlässigkeitskonzeption oben N. 355 ff.

2233 *Seher,* Zurechnung, 720.

***Sehers* Zurechnungstheorie**[2234]	**Zurechnungstheorie für das Schweizerische Strafrecht**
Aufbau des Unrechtstatbestandes eines vorsätzlichen Begehungsdeliktes:	Aufbau eines als Erfolgsdelikts ausgestalteten vorsätzlichen Begehungsdeliktes:
1. Zurechnung des Täterverhaltens als Tathandlung	1. Zurechnung des Verhaltens der beschuldigten Person als Tathandlung
a. Personalitätsprinzip	a. Personalitätsprinzip
b. Normverletzung	b. Normverletzung
i. Schaffen einer unerlaubten, statistisch relevanten Gefahr für das geschützte Rechtsgut	*i. Tatbestandlich missbilligtes Verhalten*
	1. Relevante Gefahrschaffung
	2. Verantwortlichkeitsprinzip
ii. Vorsatz bezüglich der Gefahrschaffung	*ii. Keine Rechtfertigung*
iii. Keine Rechtfertigung	*iii. Gefahrschaffungsvorsatz*
c. Tatherrschaft	*iv. Erfolgsherbeiführungsabsicht*
2. Zurechnung der eingetretenen Handlungsfolge als Taterfolg	2. Zurechnung der eingetretenen (mutmasslichen) Handlungsfolge als Taterfolg
a. Gefahrenverwirklichungszusammenhang	a. Objektiver Gefahrenverwirklichungszusammenhang
b. Schutzzweckprinzip	b. Subjektiver Gefahrenverwirklichungszusammenhang
c. Erfolgsvorsatz	
(Zurechnung der Schuld)	(Zurechnung der Schuld)

585 Nach *Seher* muss das Verhalten zunächst in Beziehung zu dessen Urheberin gesetzt werden. Diese Relation bezeichnet er als *Personalitätsprinzip.*[2235] In diesem Zusammenhang hat *Seher* darauf hingewiesen, dass das geltende normative System mit einer Fiktion operiert, mit der die handelnde Person lediglich als abstrakte Person und nicht als konkretes Individuum betrachtet wird,[2236] da andernfalls bei Verhaltensweisen schuldunfähiger Personen

2234 *Seher,* Zurechnung, 731.

2235 *Seher,* Zurechnung, 720 ff.

2236 *Seher,* Zurechnung, 721, mit Hinweis auf *Larenz,* Zurechnungslehre, 94.

bereits die Tatbestandsmässigkeit verneint werden müsste.[2237] Mit dieser Fiktion operiert das schweizerische Strafrecht genauso wie das deutsche, denn auch hierzulande geht das StGB davon aus, dass eine schuldunfähige Person eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat begehen und für diese Tat sanktioniert werden kann.[2238] Mit anderen Worten: Auch im schweizerischen Strafrecht ist es möglich, eine Person für ein Verhalten zu verwahren, das ohne die eben erwähnte abstrahierende Fiktion gar nicht erst als tatbestandsmässige Tathandlung zugerechnet werden könnte. Es ist unschwer zu erkennen, dass dies hochgradig bedenklich ist und *de lege ferenda* korrigiert werden müsste.[2239] Bis dahin wird man sich aber damit abfinden müssen, dass das geltende Recht unter dem Gesichtspunkt des Personalitätsprinzips von den Fähigkeiten der individuellen Person abstrahiert.[2240] Mit Blick auf das zu beurteilende Verhalten der beschuldigten Person wird lediglich verlangt, dass sich dieses als Persönlichkeitsäusserung qualifizieren lässt.[2241]

586 Damit ein Verhalten als Tathandlung zugerechnet werden kann, muss das Verhalten in eine Beziehung zur Rechtsordnung (insbesondere der Verhaltensnorm, über deren Verletzung zu entscheiden ist) gesetzt werden.[2242] Diese Relation bezeichnet *Seher* als *Normverletzungsprinzip*.[2243] Nach *Sehers* Zurechnungskonzeption sind unter dem Gesichtspunkt des Normverletzungsprinzips die Schaffung einer unerlaubten, statistisch relevanten Gefahr für das geschützte Rechtsgut, der Vorsatz hinsichtlich der Gefahrschaffung sowie das Fehlen von Rechtfertigungsgründen zu prüfen.[2244] Die hier skizzierte Zurechnungslehre weicht in Bezug auf das Normverletzungsprinzip in verschiedenen Punkten von dem von *Seher* entwickelten Vorbild ab. Grund dafür sind nicht zuletzt die bereits angesprochenen Unterschiede

2237 *Seher,* Zurechnun4g, 721.

2238 Siehe Art. 19 Abs. 1 u4nd 3 i.V.m. mit Art. 59 oder Art. 64 StGB

2239 Es wird freilich nicht verkannt, dass der politische Wille für eine solche Korrektur fehlen wird.

2240 Für die Frage, inwieweit auf der Ebene des Unrechts von der konkreten Individualität der handelnden Person zu abstrahieren ist, liesse sich auf die von *Stratenwerth,* FS Jescheck, 287 ff. entwickelte Unterscheidung von instrumentellem Können und sittlichem Vermögen abstellen.

2241 *Seher,* Zurechnung, 721 mit Hinweis auf *Roxin,* AT I^{4}, § 8 N. 44 (entsprechend *Roxin/ Greco,* AT I^{5}, § 8 N. 44).

2242 Im Rahmen des Zurechnungsakts kommt die Verhaltensnorm also in ihrer Beurteilungsfunktion zur Anwendung und ist insofern auch eine Zurechnungsnorm. Dazu *Seher,* a.a.O., 716; ferner *Hruschka/Joerden,* ARSP 73 (1987), 96 f.; *Hruschka,* Rechtstheorie 22 (1991), 451, die aber zwischen Handlungszurechnung und Handlungskritik unterscheiden und die verletzte Verhaltensnorm somit erst im Rahmen der *applicatio legis* in ihrer Beurteilungsfunktion berücksichtigen würden.

2243 *Seher,* Zurechnung, 722 ff.; dazu auch oben N. 199 ff.

2244 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 722 ff. und 731.

zwischen dem schweizerischen und dem deutschen StGB.[2245] Aus diesem Grund werden hier unter dem Normverletzungsprinzip bereits Fragen diskutiert, die *Seher* erst unter dem Titel des Tatherrschaftsprinzips anspricht, welches das Täterverhalten in Beziehung zu seiner Umwelt stellen soll.[2246]

587 Nach der hier skizzierten Zurechnungslehre ist zunächst in objektiver Hinsicht festzustellen, ob ein *tatbestandlich missbilligtes Verhalten* vorliegt. Bei Erfolgsdelikten besteht das verbotene Verhalten in der Regel in der Schaffung einer Gefahr für das geschützte Rechtsgut.[2247] Zu beachten ist nun, dass nicht jede Mitverursachung einer Gefahrensituation als tatbestandlich relevantes Verhalten qualifiziert werden kann. Vielmehr ist davon auszugehen, dass primär die unmittelbare Schaffung einer Gefahr für das bedrohte Rechtsgut verboten ist.[2248] Demgegenüber werden Verhaltensweisen, durch die eine fremde unmittelbare Schaffung einer Gefahr für das geschützte Rechtsgut mittelbar veranlasst oder gefördert wird, durch die dem einschlägigen Tatbestand zugrundeliegende Verhaltensnorm prinzipiell nur dann verboten, wenn dadurch ein Verantwortlichkeitsdefizit bei der unmittelbar gefahrschaffenden Person hervorgerufen oder ausgenutzt wird.[2249] Bei der retrospektiven Beurteilung ist als tatbestandlich relevante Gefahrschaffung folglich grundsätzlich das Verhalten derjenigen Person zu qualifizieren, die die unmittelbare Gefahrschaffung am unmittelbarsten zu verantworten hat.[2250]

588 Dass bei der retrospektiven Beurteilung von Verhaltensweisen die Verantwortungsbereiche von verschiedenen Personen voneinander abzugrenzen sind, bedeutet freilich nicht, dass einzelne Personen ihre Verantwortlichkeitsbereiche nicht autonom erweitern können. Von einer Erweiterung des eigenen Verantwortlichkeitsbereichs ist etwa bei der mittäterschaftlichen Begehung einer Tat oder im Falle einer freiwilligen Übernahme einer Garantenstellung auszugehen. Auch in dieses Fällen ist es möglich, das Verhalten von Personen, die selber keine unmittelbare Gefahr für das geschützte

2245 Dazu oben N. 517 ff.

2246 *Seher,* Zurechnung, 725

2247 Bei einigen Erfolgsdelikten wird das verbotene Verhalten hingegen spezifischer umschrieben, sodass nur bestimmt geartete, rechtsgutsgefährdende Verhaltensweisen bestraft werden können. Zu denken ist etwa an den Betrug nach Art. 146 StGB.

2248 Vgl. auch *Walther,* Eigenverantwortlichkeit, 120; *Renzikowski,* Täterbegriff, 71.

2249 Zu den Massstäben oben N. 540 ff. m.w.H.

2250 Richtigerweise sollte stets mit der Prüfung der tatnächsten Person begonnen werden. Hat sie die unmittelbare Gefahrschaffung zu verantworten, so dürfte für die bloss mittelbar mitwirkenden Personen (unter Vorbehalt der mittäterschaftlichen Begehung oder einer Garantenstellung) nur eine Teilnahme in Betracht kommen. Hat die unmittelbar gefahrschaffende Person nicht eigenverantwortlich gehandelt, so gilt zu prüfen, ob die mittelbar Mitwirkenden für das Verantwortlichkeitsdefizit einzustehen haben.

Rechtsgut geschaffen haben, als tatbestandlich missbilligtes Verhalten zu qualifizieren, weil und soweit sie die unmittelbare Gefahrschaffung aufgrund ihres eigenen Verhaltens zu verantworten haben.

589 Zum Normwidrigkeitsprinzip gehört nach *Seher* auch der *Vorsatz,* der sich zunächst nur auf die Gefährdung zu beziehen habe.[2251] Zuspruch verdient *Seher* hier zunächst dafür, dass er die strikte Trennung zwischen dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand aufhebt,[2252] ohne zugleich die Abgrenzung von objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zu verwischen.[2253] Da in objektiver Hinsicht im Rahmen der Handlungszurechnung nur die Gefahrschaffung, noch nicht aber deren Verwirklichung in einem tatbestandsmässigen Erfolg zu prüfen ist, erscheint es auch naheliegend, dass in subjektiver Hinsicht zunächst nur der Gefährdungsvorsatz geprüft werden soll.[2254] Gerade bei vorsätzlichen Verletzungsdelikten erschiene die Zurechnung eines Verhaltens als Tathandlung aber unvollständig, wenn neben dem Gefährdungsvorsatz nicht auch ein Wille zur Herbeiführung des Erfolges verlangt wird. Solange nämlich kein Wille zur Herbeiführung des Erfolges und somit zur Vollendung des Tatbestandes gegeben ist, kommt mangels Tatentschluss noch keine Versuchsstrafbarkeit in Betracht. Ein Verhalten als Tathandlung zuzurechnen, das noch nicht einmal als strafbarer Versuch qualifiziert werden könnte, erscheint mir unpassend. Deswegen ist m.E. neben dem Gefährdungsvorsatz in subjektiver Hinsicht auch der Wille zur Erfolgsherbeiführung, also ein *Erfolgsherbeiführungsvorsatz* erforderlich.[2255] Dieser hat sich noch nicht auf den eingetretenen Erfolg zu beziehen, sondern lediglich darauf, dass infolge der Gefahrschaffung ein tatbestandsmässiger Erfolg eintreten möge.[2256]

590 Für die Zurechnung eines Verhaltens als Tathandlung ist weiter erforderlich, dass dieses *Verhalten nicht gerechtfertigt* ist, also nicht den objektiven Anforderungen an einen Rechtfertigungsgrund entspricht. *Seher* prüft das Fehlen von Rechtfertigungsgründen bereits unter dem Gesichtspunkt des Normverletzungsprinzips, weil seiner Meinung nach Rechtfertigungsgründe als Begrenzung der Verbots- und Gebotsnormen anzusehen sind.[2257] Diese Auffassung ist plausibel – ein zwingender Grund für das Festhalten an

2251 *Seher,* Zurechnung, 724 und 731.

2252 *Seher,* Zurechnung, 723.

2253 Zur Problematik des Sonderwissens oben N. 236 ff.

2254 Von der Verhaltensnorm verboten ist auch nur die Gefahrschaffung und nicht der Erfolgseintritt. Siehe dazu *Seher,* Zurechnung, 707 mit Hinweis auf *Frisch,* Vorsatz und Risiko, 60.

2255 Da es auf der Stufe der Handlungszurechnung am objektiven Gegenstück fehlt, könnte man in einem technischen Sinn auch von einer Absicht sprechen.

2256 Beim Fahrlässigkeitsdelikt existiert kein Gegenstück zu diesem Erfordernis.

2257 *Seher,* Zurechnung, 709 ff. und 724.

der Trennung zwischen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit ist hingegen nicht ersichtlich.[2258] *Seher* will das Fehlen von Rechtfertigungsgründen jedoch erst nach dem Gefährdungsvorsatz prüfen. Für diese Einordnung sind m.E. keine zwingenden Gründe ersichtlich. Aus praktischen Überlegungen kann es deshalb gerade bei einfach strukturierten Tatbeständen sinnvoll sein, das Fehlen objektiver Elemente eines Rechtfertigungsgrundes vor dem Vorsatz zu prüfen.[2259] Bei komplexeren Tatbeständen, wie etwa dem Betrug, erscheint es hingegen vorzugswürdig, das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes ganz am Ende der Kriterien des Normverletzungsprinzips zu prüfen. Denn dies erlaubt es, den Vorsatz hinsichtlich eines bestimmten handlungskonstituierenden Tatbestandsmerkmals jeweils gleich im Anschluss an die Beurteilung des entsprechenden objektiven Tatbestandsmerkmals zu prüfen.[2260]

591 Sind die eben genannten Voraussetzungen erfüllt, so kann das Verhalten der beschuldigten Person als Tathandlung zugerechnet werden. Bei Erfolgsdelikten ist neben der Handlungszurechnung, durch die das Verhalten der beschuldigten Person als Tathandlung qualifiziert wird, auch die *Zurechnung der eingetretenen (mutmasslichen) Handlungsfolge als Taterfolg* notwendig.[2261] Nach *Seher* soll die Erfolgszurechnung wiederum drei Kriterien kennen: den Gefahrverwirklichungszusammenhang, das Schutzzweckprinzip und den Erfolgsvorsatz. Im Rahmen der Untersuchung der einzelnen Zurechnungsgesichtspunkte der Lehre der objektiven Zurechnung wurde bereits festgestellt, dass der Schutzzweck der Norm kein objektives Tatbestandsmerkmal ist.[2262] Er wird im Rahmen der hier skizzierten Zurechnungstheorie deshalb nicht als eigenständiges Kriterium der Erfolgszurechnung angesehen.[2263] Ferner wird der Wille zur Herbeiführung des tatbestandsmässigen

2258 Dies eingestehend *Roxin/Greco,* AT I5, §10 N. 16.

2259 Lässt sich etwa anhand eines Überwachungsvideos nachweisen, dass eine Person angegriffen wurde und folglich in Notwehr gehandelt hat, so erübrigt sich der praktisch häufig schwierigere Nachweis des Vorsatzes, sofern die handelnde Person in Kenntnis der Notwehrlage gehandelt hat.

2260 In diese Richtung wohl auch *Seher,* Zurechnung, 723

2261 *Seher,* Zurechnung, 731 spricht hier von der Zurechnung der Handlungsfolge als Taterfolg. Sprachlich wird damit bereits vorausgesetzt, dass ein bestimmtes Ereignis bereits als Folge eines bestimmten Verhaltens feststeht. Gerade in Fällen, in denen sich eine Kausalbeziehung nur probabilistisch angeben lässt, kann ein Ereignis aber nicht ohne Weiteres als Handlungsfolge betrachtet werden. Der notwendige normative Zusammenhang zwischen der Tathandlung und einem Ereignis, das als Taterfolg zugerechnet werden soll, wird erst durch die Zurechnung konstituiert.

2262 *Seher,* Zurechnung, 727. Siehe auch oben N. 206 ff.

2263 Dies schliesst aber freilich nicht aus, dass der Schutzzweckgedanke beim Fahrlässigkeitsdelikt im Rahmen der subjektiven Gefahrenverwirklichung mitberücksichtigt wird, um bei unbewusster Fahrlässigkeit die Voraussehbarkeit des konkreten Erfolgseintrittes zu prüfen, vgl. auch oben N. 414 f.

Erfolges hier bereits im Rahmen der Handlungszurechnung geprüft, er braucht deshalb bei der Erfolgszurechnung nicht abermals geprüft zu werden. Im Rahmen der Erfolgszurechnung ist in subjektiver Hinsicht aber zu prüfen, ob der Erfolg so eingetreten ist, wie es sich die handelnde Person vorgestellt hat. Dieses Kriterium ist im Grunde nichts anderes als das subjektive Pendant zum objektiven Erfordernis der Gefahrverwirklichung. Die Zurechnung der (mutmasslich) eingetretenen Handlungsfolge als Taterfolg setzt also die objektive Gefahrverwirklichung und die subjektive Gefahrverwirklichung voraus.

592 Im Rahmen der *objektiven Gefahrverwirklichung* ist zu prüfen, ob sich in der (mutmasslichen) Handlungsfolge gerade jene Gefahr verwirklicht hat, aufgrund deren das Verhalten als missbilligt qualifiziert wurde.[2264] Im Rahmen der objektiven Gefahrenverwirklichung sind auch normative Wertungen darüber zu treffen, unter welchen Bedingungen von der Verwirklichung einer geschaffenen Gefahr ausgegangen werden kann.[2265]

593 Im Rahmen der subjektiven Gefahrverwirklichung ist zu prüfen, ob sich die geschaffene Gefahr so verwirklicht hat, wie es sich die handelnde Person bei der Vornahme der Handlung vorgestellt hat. Ob und inwieweit Abweichungen hier zu einer Verneinung der subjektiven Gefahrenverwirklichung führen, sind letztlich Fragen der Vorsatzkonkretisierung.[2266] Zu verneinen ist die subjektive Gefahrverwirklichung nach der sog. Konkretisierungstheorie dann, wenn der Erfolg bei einem anderen als dem von der handelnden Person anvisierten Objekt eintritt *(aberratio ictus),* sofern die Abweichung nicht in Kauf genommen wurde.[2267]

594 Sind die objektive und die subjektive Gefahrverwirklichung gegeben, so kann die eingetretene (mutmassliche) Handlungsfolge als Taterfolg zugerechnet werden. Der Unrechtstatbestand ist somit erfüllt. Die Strafbarkeit muss ferner eine Zurechnung der Schuld voraussetzen.[2268] Hierhin gehören *de lege lata* alle Fragen, die nach geltendem Recht der Ebene der Schuld zugewiesen werden. Ob und inwieweit diese Zuweisungen sinnvoll erscheinen, muss aber andernorts beantwortet werden.

2264 Dazu oben N. 393 f. und N. 571.

2265 Vgl. *Seher,* Zurechnung, 728.

2266 Darauf hat bereits *Puppe,* Vorsatz und Zurechnung, 21 ff. aufmerksam gemacht.

2267 Eingehend und m.w.H. *Leu,* ZStrR 132 (2014), 383 ff.

2268 Zur Notwendigkeit einer Zurechnung der Schuld bei *Seher:* oben N. 210.

Literaturverzeichnis

Almendingen, Ludwig Harscher von: Darstellung der rechtlichen Imputation, Gießen 1803.

Ambos, Kai: Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Baden-Baden 2019 (zit.: Nationalsozialistisches Strafrecht)

Amelung, Knut:
- Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I und II), in: ZStW 104 (1992), 525-558 und 821-833.
- Zur Verantwortlichkeit Drogenabhängiger für Selbstschädigungen durch den Gebrauch von Suchtstoffen, in: NJW 1996, 2393-2398.
- Die «Neutralisierung» geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, in: Samson/Dencker/P. Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1999, 9-30.

Amelung, Knut / Eymann, Frieder: Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, in: JuS 2001, 937-946.

Arzt, Gunther:
- 50 km/h innerorts – zu schnell? Dogmatische Bemerkungen zu BGE 121 IV 286, in: SJZ 92 (1996), 305-308.
- Über die subjektive Seite der objektiven Zurechnung, in: Duttge/Geilen/Meyer-Goßner/Warda (Hrsg.), Gedächnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, 163-172.
- Einwilligungsdoktrin und Teilnahmelehre, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowoda (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin 2011, 1-22.

Arzt, Gunther / Weber, Ulrich / Heinrich, Bernd / Hilgendorf, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, Lehrbuch, 3. Aufl., Bielefeld 2015 (Zit.: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf[3]-*Bearbeiter:in*).

Atens, Rebecca von: Objektive Zurechnung und Tatherrschaft. Ein Beitrag zu dem Verhältnis von Tatherrschaftslehre und objektiver Zurechnungslehre am Beispiel der eigenverantwortlichen Selbst- und der einverständlichen Fremdgefährdung, Baden-Baden 2019 (zit.: Objektive Zurechnung und Tatherrschaft).

Austin, John: How To Do Things With Words, Cambridge (Mass.) 1962.

Bar, Carl Ludwig von: Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte, Leipzig, 1871 (zit.: Lehre vom Causalzusammenhange).

Basler Kommentar:
- *Bundesverfassung*: hrsg. von Waldmann/Belser/Epiney, 1. Aufl., 2015 (zit.: BSK BV-*Bearbeiter:in*)
- *Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung:* hrsg. von Niggli/Heer/Wiprächtiger, Band 1: Art. 1–195 StPO, 2. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK StPO-*Bearbeiter:in*).
- *Strafrecht I:* Art. 1–136 StGB, hrsg. von Niggli/Wieprächtiger, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK4-*Bearbeiter:in*).
- *Strafrecht II:* Art. 137–392 StGB & Jugendstrafrecht, hrsg. von Niggli/Wieprächtiger, 4. Aufl., Basel 2019 (zit.: BSK4-*Bearbeiter:in*).

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich: Strafrecht – Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Bielefeld 1985 (zit.: AT9)

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, 11. Auflage, Bielefeld 2003 (zit.: Baumann/Weber/Mitsch11-*Bearbeiter:in*).

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, 12. Auflage, Bielefeld 2016 (zit.: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele12-*Bearbeiter:in*)

Beck, Ulrich: Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 23. Aufl., 2016 (zit.: Risikogesellschaft).

Beckemper, Katharina: Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, Jura 2001, 163–169.

Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906 (zit.: Lehre vom Verbrechen).

Bentham, Jeremy: Of Laws in General, edited by H.L.A. Hart, London 1970.

Beulke, Werner: Opferautonomie im Strafrecht. Zum Einfluss der Einwilligung auf die Beurteilung der einverständlichen Selbstgefährdung, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln/Berlin/München 2007, 207–208

Binding, Karl:
– Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Erster Band: Normen und Strafgesetze, Leipzig 1872 (zit.: Normen I[1]).
– 3. Aufl., Leipzig 1916 (zit.: Normen I[3])
– Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Vierter Band: Die Fahrlässigkeit, Leipzig, 1919 (zit.: Normen IV)

Birkmeyer, Karl: Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht, GerS 37 (1885), 257–357.

Blocher, Felix: Zur Strafbarkeit der Mitwirkung an fremden Selbstgefährdungsakten, in: Cavallo/Hiestand/Blocher/Arnold/Käser/Caspar/Ivic (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich/Basel/Genf 2012, 53–73 (zit.: Liber amicorum Donatsch).

Block, Florian: Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur des Irrtums über den Kausalverlauf, Berlin 2008 (zit.: Atypische Kausalverläufe).

Bloy, René: Prinzipien der objektiven Erfolgszurechnung beim vorsätzlichen Begehungsdelikt, in: JuS 1988, L 41–44

Bock, Dennis: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin 2018 (zit.: AT).

Bockelmann, Paul:
– Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Göttingen 1949 (zit.: Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme).
– Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen 1957 (zit.: Untersuchungen).

Böhringer, Jacob: Fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, Baden-Baden 2017 (zit.: Fahrlässige Mittäterschaft).

Börgers, Niklas: Studien zum Gefahrurteil im Strafrecht. Ein Abschied vom objektiven Dritten, Berlin 2008 (zit.: Gefahrurteil).

Bottke, Wilfried: Suizid und Strafrecht, Berlin 1982.

Bringewat, Peter: Grundbegriffe des Strafrechts. Grundlagen – Allgemeine Verbrechenslehre – Aufbauschemata, 3. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit.: Grundbegriffe[3])

Bung, Jochen: Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Frankfurt a.M. 2009 (zit.: Wissen und Wollen)

Burgstaller, Manfred:
- Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, Wien 1974 (zit.: Fahrlässigkeitsdelikt)
- Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, 357-375.

Buri, Maximilian von: Über Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873 (zit.: Causalität).

Burkhardt, Björn:
- Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die «Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven», in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, 99 ff. (zit.: SB Strafrechtssystem)
- Fahrlässigkeit als individuelle Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung, in: Kindhäuser/Kreß/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Tübingen 2019, 441 ff. (zit.: SB Strafrecht und Gesellschaft)

Bustos Ramirez, Juan: Die objektive Zurechnung, Methodologische und systematische Fragen, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächnisschrift für Armin Kaufmann, München 1989, 213–235.

Caemmerer, Ernst von: Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, in: Leser (Hrsg.), Ernst von Caemmerer. Gesammelte Schriften, Band I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Tübingen, 1968, 395–410 (zit.: Gesammelte Schriften)

Cancio Meliá, Manuel:
- Opferverhalten und objektive Zurechnung, in: ZStW 111 (1999), 357–387.
- Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, GA 1995, 179–191.
- Sozialadäquanz, in: Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 7–19 (SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels)

Castaldo, Andrea: Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts, in: GA 1993, 495–510.

Commentaire Romand – Code pénal I, hrsg. von Roth/Moreillon, Band I: Dispositions générales – art. 1–110, Basel 2009 (zit.: CR-*Bearbeiter:in*).

Coninx, Anna: Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Bern 2012 (zit.: Lebensnotstand).

Daries, Joachim Georg: Institutiones Iurisprudentiae Universalis, 7. Aufl., Jena 1776.

Degener, Wilhelm: Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, Baden-Baden 2001 (zit.: Schutzzweck der Norm)

Denzer, Horst: Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der praktischen Philosophie, München 1972 (zit.: Moralphilosophie und Naturrecht).

Derbolav, Josef: Hegels Theorie der Handlung, Hegel-Studien 3 (1965), 209-223.

Derksen, Roland: Handeln auf eigene Gefahr, Berlin 1992.

Diel, Katja: Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, Frankfurt a.M. 1997 (zit.: Regressverbot).

Dohna, Alexander zu: Zum neusten Stand der Schuldlehre, ZStW 32 (1911),

Dölling, Dieter:
- Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, in: ZStW 96 (1984), 35–65.
- Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, in: GA 1984, 71-94
- Soziale Adäquanz und soziale Systeme, in: Dannecker/Langer/Ranft/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln/Berlin/München 2007, 219-226.
- Strafbare Mitwirkung am Suizid, in: Bloy/Böse/Hillenkamp (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, 119-131.

Dölling, Dieter / Duttge, Gunnar / König, Stefan / Rössner, Dieter (Hrsg.): Gesamtes Strafrecht. StGB | StPO | Nebengesetze. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: HK GS⁴-*Bearbeiter:in*).

Donatsch, Andreas:
- Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt, Zürich 1987 (zit.: Sorgfaltsbemessung).
- Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht, in ZStrR 105 (1988), 361–384.

Donatsch, Andreas / Tag, Brigitte: Strafrecht I. Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013 (zit.: Strafrecht I[9]).

Duttge, Gunnar:
- Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen 2001 (zit.: Handlungsunwert von Fahrlässigkeitsdelikten).
- Rechtsprechungsübersicht zur (strafrechtlichen) Fahrlässigkeit – Kontinuität und Wandel seit der Jahrtausendwende, in: NStZ 2006, 266–274.
- Fahrlässige Tötung bei illegalem Autorennen – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 – 4 StR 328/08 (LG Konstanz), in: NStZ 2009, 690–692.
- «Erlaubtes Risiko» in einer Personalen Unrechtslehre, in: Bloy/Böse/Hillenkamp (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, 133–152.

Ebert, Udo / Kühl, Kristian: Kausalität und objektive Zurechnung, in: Jura 1979, 561–576.

Eicker, Andreas:
- Einverständliche Fremdgefährdung und Einwilligung ins Risiko. Eine strafrechtsdogmatische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung von BGE 134 IV 26, in: recht 2009, 143–151.
- Nichts ist sicher: die strafrechtliche Risikoverringerungslehre auf dem Prüfstand, ZStrR 2010, 417–428.

Eicker, Andreas / Huber, Roland: Nr. 1 Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. April 2010 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau – 6B_163/2010, in: forumpoenale 2011, 2–5.

Eisele, Jörg:
- Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung, in: JuS 2012, 577-584.
- Objektive Zurechnung bei illegalen Strassenrennen, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, 159–171

Eisele, Jörg / Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil für Studienanfänger, Stuttgart 2017 (zit.: AT).

Engisch, Karl:
- Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (zit.: Untersuchungen).
- Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931 (zit.: Kausalität).
- Der finale Handlungsbegriff, in: Bockelmann et al., Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht, Berlin 1944, 141–179

Exner, Franz:
- Das Wesen der Fahrlässigkeit. Eine strafrechtliche Untersuchung, Leipzig/Wien 1910 (zit.: Wesen der Fahrlässigkeit).
- Fahrlässiges Zusammenwirken, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, 569–597.

Feuerbach, Paul Johann Anselm:
- Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 1. Teil, Erfurt 1977 (Neudruck Aalen 1966) (zit.: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe)
- Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, 3. Aufl., Giessen 1805.

Fiedler, Ralf-Peter: Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips, Frankfurt a.M. 1990 (zit.: Fremdgefährdung).

Fischer, Thomas: Beck'sche Kurzkommentare: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 65. Aufl., München 2018 (zit.: Fischer[65])

Frank, Reinhard:
- Über den Aufbau des Schuldbegriffes, in: Frank (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, Giessen 1907, S. 521 ff. (zit.: FS Giessen)
- Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 18. Aufl., Tübingen 1931 (zit.: Strafgesetzbuch[18])

Frei, Mirjam Annika: Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht. Adäquate Kausalität und Voraussehbarkeit, Gefahrschaffung, Risikoverringerung, erlaubtes Risiko, Vertrauensgrundsatz, rechtmässiges Alternativverhalten, Schutzzweck der Norm, eigenverantwortliche Selbstgefährdung/Handeln auf eigene Gefahr, allgemeines Lebensrisiko und Sozialadäquanz, Diss. Zürich 2010 (zit.: Kausalzusammenhang).

Freund, Georg:
- Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, Köln/Berlin/Bonn/München 1992 (zit.: Erfolgsdelikt und Unterlassen).
- Der Aufbau der Straftat in der Fallbearbeitung, in: JuS 1997, 235–335.
- Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009 (zit.: AT²).

Freund, Georg/Rostalski, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3. Aufl., Berlin 2019 (zit.: AT³).

Frisch, Wolfgang:
- Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Köln u.a. 1983 (zit.: Vorsatz und Risiko).
- Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, Heidelberg 1988 (zit.: Tatbestandsmässiges Verhalten).
- Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BGHST 36, 1, in: JuS 1990, 362–370.
- Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten in: NStZ 1992, 1–7 und 62–67.
- Straftat und Straftatsystem, in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, S. 135 ff. (zit.: SB Strafrechtssystem).
- Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, München /New York 2001, S. 213–237.
- Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre, GA 2003, S. 719–743.
- Objektive Zurechnung des Erfolgs, in: JuS 2011, 19–24, 116–123 und 205–211.
- Erfolgsgeschichte und Kritik der objektiven Zurechnungslehre – Zugleich ein Beitrag zur Revisionsbedürftigkeit des Straftatsystems, in: GA 2018, 553–572.

Frister, Helmut: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2018 (zit.: AT⁸).

Gallas, Wilhelm:
- Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW 67 (1955), 1–47.

– Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht, in: Mezger/Jescheck/Lange (Hrsg.), Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957, Sonderheft der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin 1957 (zit.: Athen-Beiheft ZStW (1957))
– Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968 (zit.: Beiträge).

Garcia, Luis: Kritische Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung im Verbrechensaufbau aus historischer Sicht, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin/Boston 2014, 363–375.

Geilen, Gerd: Suizid und Mitverantwortung, in: JZ 1974, 145–154.

Geppert, Klaus:
– Rechtfertigende «Einwilligung» des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitstaten im Strafrecht? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung), in: ZStW 83 (1971), 947–1001.
– Zur Unterbrechung des strafrechtlichen Zurechnungszusammenhangs bei Eigenschädigung/-gefährdung des Opfers oder Fehlverhalten Dritter, in: Jura 2001, 490–495.

Geth, Christopher: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021.

Geth, Christopher Cölestin / Leu, Nicolas: Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 29-40

Gimbernat Ordeig, Enrique:
– Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, Diss. Hamburg 1962 (zit.: Inadäquate Handlungen).
– Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts; in: ZStW 80 (1968), 915–944.
– Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung, Berlin 2013 (zit.: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft).
– Strafrechtliche Gleichbehandlung der Mitwirkung an einer Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung?, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Berlin 2013, 389–402.

Gmür, Roland: Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht, Diss. Zürich 1958 (zit.: Kausalzusammenhang).

Göbel, Alfred: Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt a.M. 1992 (zit.: Einwilligung).

Goeckenjan, Ingke: Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung. Eine Analyse zurechnungsausschließender Topoi beim vorsätzlichen Erfolgsdelikt Tübingen 2017 (zit.: Revision der objektiven Zurechnung).

Gössel, Heinz: Objektive Zurechnung und Kausalität, in: GA 2015, 18–34.

Greco, Lúis:
- Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum «Problem» des Sonderwissens, in: ZStW 117 (2005), 519–554.
- Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, in: ZIS 2011, 674–691.

Gropp, Walter: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015 (zit.: AT[4]).

Haas, Volker:
- Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002 (zit.: Kausalität).
- Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – Eine Grundsatzkritik, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt a.M. 2004, 193–224 (zit.: SB Zurechnung).
- Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, in: GA 2015, 87–100.

Hamdorf, Kai: Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, Freiburg i.Br. 2002 (zit.: Beteiligungsmodelle).

Hardtung, Bernhard: Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Heroin. BGH, Urteil vom 11. 4. 2000 – 1 StR 638/99 (LG Karlsruhe), in: NStZ 2001, 205–208.

Hardwig, Werner:
- Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957 (zit.: Zurechnung).
- Verursachung und Erfolgszurechnung: Eine Anmerkung zu einer Anmerkung, JZ 1968, 289–292.

Häring, Daniel:
- Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Basel/Genf/München 2005 (Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt).
- Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Gleichzeitig eine Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 6B_360/2016, 6B_361/2016 (zur Publikation vorgesehen) vom 1. Juni 2017, in: sui-generis 2018, 1–19.

Hart, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, 3. Aufl., Oxford 2012.

Hassemer, Winfried:
- Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, in: wistra 1995, 41–45 und 81–87.
- «Sachlogische Strukturen» – noch zeitgemäß?, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied 2004, 61–73.

Hauck, Pierre:
- Die Konkretisierung des fahrlässigkeitsspezifischen Handlungsunwerts im Falle sog. Drittschädigungseffekte, in: GA 2009, 280–295.
- Rechtfertigende Einwilligung und Tötungsverbot, in: GA 2012, 202–219.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich:
- Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen, in: Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft. Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Werke in 20 Bänden mit Registerband, Bd. 7, Berlin 1986 (zit.: Grundlinien).
- Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831. Edition und Kommentar in sechs Bänden von Karl-Heinz Ilting:
  - Dritter Band: Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift von H. G. Hotho 1822/1823, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974 (zit.: Hotho Nachschrift, Seite/Zeilen).
  - Vierter Band: Philosophie des Rechts nach der Vorlesungsnachschrift von K. G. von Griesheims 1824/1825, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974 (zit.: Griesheims Nachschrift, Seite/Zeilen).

Heierli, Matthias Richard: Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt, Diss. Zürich 1996 (zit.: Vertrauensprinzip).

Hellmann, Uwe: Einverständliche Fremdgefährdung und objektive Zurechnung, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, München/New York 2001, 271–285.

Herzberg, Rolf Dietrich:
- Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, München 1977 (zit.: Täterschaft und Teilnahme).
- Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jura 1984, 402–414.
- Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers?, NStZ 1989, 559–561.
- Vorsätzliche und fahrlässige Tötung bei ernstlichem Sterbebegehren des Opfers, in: NStZ 2004, 1–9.
- Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers?, in: Pfaeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 497–513

Hilgendorf, Eric: Wozu brauchen wir die «objektive Zurechnung»? – Skeptische Überlegungen am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2004, 33 ff.

Hilgendorf, Eric / Valerius, Brian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., München 2015 (AT^2).

Hippel, Robert von:
- Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in: Birkmeyer/van Calker/Frank/v. Hippel/Kahl/v. Lilienthal/v. Liszt/Wach (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Dritter Band: Allgemeiner Teil, Berlin 1908 (zit.: VDA III).
- Deutsches Strafrecht, Zweiter Band: Das Verbrechen – allgemeine Lehren, Berlin 1930 (zit.: Verbrechen).

Hirsch, Hans Joachim:
- Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil I), in: ZStW 93 (1981), 831–863
- Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II), in: ZStW 94 (1982), 239–278
- Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln u.a. 1988, 399–427 (zit.: FS Köln).
- Zur Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, 119–142.

– Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des «Finalismus», in: Karras, Festschrift für Nikolaos Konstantinos Androulakis, Athen 2003, 225–249.
– Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, in: ZStW 116 (2004), 1–14.

Hold von Ferneck, Alexander: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Erster Band: Der Begriff der Rechtswidrigkeit, Jena 1903.

Holl, Thomas: Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik im Strafrecht von Feuerbach bis Welzel – unter besonderer Berücksichtigung der Hegel-Schule, Bonn 1992 (zit.: Entwicklungen der Fahrlässigkeitsdogmatik).

Honig, Richard Kausalität und objektive Zurechnung, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, 174–201.

Hoyer, Andreas:
– Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung, in: ZStW 121 (2009), 860–881.
– «Umräumen von Möbeln» auf offener Bühne, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 223–236.
– Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentheorie, Berlin 1997.

Hruschka, Joachim:
– Strukturen der Zurechnung, Berlin/New York 1973.
– Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, in: Arthur Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, 421–436.
– Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf, in: ZStW 96 (1984), 661–702.
– Imputation, in: Eser/Fletcher (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven – Justification and Excuse, Comparative Perspectives, Band I, Freiburg i.Br. 1987, 121–174 (zit.: SB Entschuldigung und Rechtfertigung).
– Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil, 2. Aufl., Berlin/New York 1988, (zit.: Strafrecht²).
– Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, in: Rechtstheorie 22 (1991), 449–460.

– Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, in: ZStW 110 (1998), 581–639.
– Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt a.M. 2004, 17–27 (zit.: SB Zurechnung).

Hruschka, Joachim / Joerden, Jan C.: Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck, ARSP 73 (1987), 93-123

Huber, Andrea Esther: Die Selbstgefährdung des Verletzten. Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Zürich 2003 (zit.: Selbstgefährdung des Verletzten).

Huber, Dieter Christian: Die mittelbare Täterschaft beim gemeinen vorsätzlichen Begehungsdelikt. Insbesondere deren Abgrenzung von der Anstiftung, Diss. Zürich 1995 (zit.: Mittelbare Täterschaft).

Huber, Roland: Die Bedeutung der Opfer-Selbstgefährdung für die Täterstrafbarkeit beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, Bern 2017 (zit.: Bedeutung der Selbstgefährdung).

Huber, Ulrich: Normzwecktheorie und Adäquanztheorie: Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH v. 7. 6. 1968, in: JZ 1969, 677–683.

Hübner, Christoph: Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, Berlin 2004 (zit.: Entwicklung der objektiven Zurechnung).

Hurtado Pozo, José: Droit pénal. Partie générale, Zürich 2008.

Jäger, Christian:
– Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, Heidelberg 2006 (zit.: Zurechnung und Rechtfertigung).
– Examens-Repetitorium. Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Heidelberg 2017 (zit.: AT[8]).
– Die Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung als Grenzproblem zwischen Täter- und Opferverantwortung, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Berlin/Boston 2014, 421–434.

Jakobs, Günther:
– Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin / New York 1972 (zit.: Studien).

– Das Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jescheck (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, Teheran 1974. Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin/New York 1974, 6–42 (zit.: Teheran-Beiheft ZStW (1974))
– Schuld und Prävention, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 452/453 Tübingen 1976
– Regressverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW 89 (1977), 1–35.
– Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Berlin/New York 1983 (zit.: AT[1], Abschnitt/Randnummer)
- 2. Aufl., Berlin/New York 1991 (zit.: AT[2], Abschnitt/Randnummer)
– Risikokongruenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, 53–75.
– Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächnisschrift für Armin Kaufmann, München 1989, 271–288.
– Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, in GA 1996, 253–268.
– Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Berlin 1997 (zit.: Norm, Person, Gesellschaft[1]).
- 3. Aufl., Berlin 2008 (zit.: Norm, Person, Gesellschaft[3]).
– Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1999, 45–63.
– System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt a.M. 2012.

Jean-Richard-dit-Bressel, Marc: Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands, in: Jositsch/Schwarzenegger/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 83-104.

Jescheck, Hans-Heinrich:
– Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, Freiburg i.Br. 1965 (zit.: Aufbau der Fahrlässigkeit).
– Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Berlin 1969 (zit.: AT[1]).
- 2. Aufl., Berlin 1972 (zit.: AT[2])
- 3. Aufl., Berlin 1978 (zit.: AT[3])
- 4. Aufl., Berlin 1988 (zit.: AT[4])

Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit.: AT[5]).

Jetzter, Laura: Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung, Zürich 2015 (zit.: Einverständliche Fremdgefährdung)

Joerden, Jan C.: Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen, Berlin 1988 (zit.: Relationen).

Kahlo, Michael: Überlegungen zum gegenwärtigen Stand der objektiven Zurechnungslehre im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Methode strafrechtlicher Begriffsbildung, in: Hettinger/Zopf/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, 249–273.

Kant, Immanuel Kants Gesammelte Schriften, hrsg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften (Akademie-Ausgabe, Berlin ab 1900 (zit.: AA, Band, Seite).

Kaspar, Johannes:
- Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte, in: JuS 2012, 16–21, 112–117.
- Strafrecht – Allgemeiner Teil. Einführung, 2. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: AT2)

Kaufmann, Armin:
- Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954 (zit.: Normentheorie).
- Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, in: ZStW 70 (1958), 64–86.
- Das fahrlässige Delikt, ZfRV 1964, 41–55.
- «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, 251–271.
- Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth/Armin Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, 393–414.

Kaufmann, Arthur:
- Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, in: Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, 79–117.
- Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, in: JuS 1967, 145–152.
- Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg 1976 (zit.: Schuldprinzip).

Kienapfel, Diethelm:
- Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Frankfurt a.M. 1966 (zit.: Das erlaubte Risiko).
- Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, 21–58 (zit.: SB Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik).

Kindhäuser, Urs:
- Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt a.M. 1989 (zit.: Gefährdung)
- Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, in: GA 1994, 197–223.
- Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht, in: JRE 2 (1994), 339–352.
- Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in: Bohnert/Gramm/Kindhäuser/Lege/Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, 627–653.
- Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, in: Byrd/Joerden (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, 527–542 (zit.: FS Hruschka)
- Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, in: GA 2007, 447–468.
- Risikoerhöhung und Risikoverringerung, in: ZStW 120 (2008), 481–503.
- Zum sog. «unerlaubten» Risiko, in: Bloy/Böse/Hillenkamp (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, 397–416
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: AT[8]).
- Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: LPK[7]).

Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Ullrich (Hrsg.), Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–79b, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit.: NK[5]-*Bearbeiter:in*).

Köhler, Michael,
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York 1997 (zit.: AT).
- Der Begriff der Zurechnung, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin/New York 1999, 65–81.

Koriath, Heinz:
- Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin 1994.
- Kausalität und objektive Zurechnung, Baden-Baden 2007.

Kretschmer, Joachim: Das Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jura 2000, 267–276.

Krey, Volker / Esser, Robert: Deutsches Strafrecht. Allg. Teil. Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung, 6. Aufl., Stuttgart 2016 (AT6).

Kries, Johannes von:
- Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, in: VWPh 12 (1888), 180–240, 287–323, 393–428.
- Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 9 (1889), 528–537.

Kröger, Thomas: Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat. Unrecht, Schuld, Strafwürdigkeit und deren Bezüge zur Normentheorie, Berlin 2016 (zit.: Fahrlässigkeitsstraftat).

Krümpelmann, Justus: Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, 289–306.

Kubiciel, Michael: «Welzel und die Anderen» – Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945, in: Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 135–155 (SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels).

Kudlich, Hans: Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, Berlin 2004 (zit.: Unterstützung).

Kühl, Kristian:
- Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung, in: Jura 2010, 81–86.
- Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017 (zit.: AT8).

Kuhlen, Lothar: Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, Heidelberg 1989 (zit.: Produkthaftung).

Küper, Winfried: Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, 247–288.

Küppers Georg: Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990 (zit.: Grenzen).

Lackner/Kühl – Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Kühl/Heger, 29. Aufl., München 2018 (zit.: *Lackner/Kühl*[29]).

Lampe, Ernst-Joachim: Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächnisschrift für Armin Kaufmann, München 1989, 189-212.

Lange, Heinrich: Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, in: AcP 156 (1958), 114–136.

Larenz, Karl: Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität», Leipzig 1927 (zit.: Zurechnungslehre).

Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch:
hrsg. von Jescheck/Ruß, Band 1: Einleitung, §§ 1-31, 10. Aufl., Berlin 1985 (zit.: LK[10]-*Bearbeiter:in*).

Leipziger Kommentar, StGB Grosskommentar:
- hrsg. von Jähke/Laufhütte/Oderski, Band 1: Einleitung, §§ 1-vor 32, 11. Aufl., Berlin 1992 (zit.: LK[11]-*Bearbeiter:in*).
- hrsg. von Laufhütte/Saan/Tiedemann, Band 1: Einleitung, §§ 1 bis 31, 12. Aufl., Berlin 2007 (zit.: LK[12]-*Bearbeiter:in*).
  - Band 2: §§ 32–55 (zit.: LK[12]-*Bearbeiter:in*).
- hrsg. von Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier, 13. Aufl., Berlin 2020 (zit.: LK[13]-*Bearbeiter:in*)

Lenckner, Theodor: Technische Normen und Fahrlässigkeit, in: Bockelmann/ Arthur Kaufmann/Klug (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1969, 490–508.

Leu, Nicolas: Zur Abgrenzung zwischen aberratio ictus und error in obiecto, ZStrR 132 (2014), 383-402.

Liepmann, Moritz: Zur Lehre von der «adäquaten Verursachung». Eine literarische Auseinandersetzung, GA 52 (1905), S. 326–363.

Ling, Michael: Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung, Berlin 1996 (zit.: Unterbrechung des Kausalzusammenhanges).

Liszt, Franz von: Lehrbuch des deutschen Strafrechts
- 2. Aufl., Berlin 1884 (zit.: Lehrbuch[2]).
- 4. Aufl., Berlin 1891 (zit.: Lehrbuch[4]).
- 16. Aufl., Berlin 1908 (zit.: Lehrbuch[16]).
- 19. Aufl., Berlin 1912 (zit.: Lehrbuch[19]).

Liszt, Franz von / Schmidt, Eberhard: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
- 25. Aufl., Berlin/Leipzig, 1927 (zit.: Lehrbuch[25]).

Loening, Richard: Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Hildesheim 1967 (zit.: Zurechnungslehre des Aristoteles).

Lotz, Martin: Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung, Berlin 2017 (zit.: Fremdschädigung).

Luhmann, Niklas: Soziologie des Risikos, Berlin/New York 1991.

Lukas, Mathias: «Tatbestandsmäßiges Verhalten» versus «objektive Zurechnung» im Strafrecht, Diss. Würzburg 1996 (zit.: Tatbestandsmässiges Verhalten versus objektive Zurechnung).

Luzón Peña, Diego-Manuel: Alteritätsprinzip oder Identitätsprinzip vs. Selbstverantwortungsprinzip. Teilnahme an Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und Gleichstellung: das Kriterium der Risikokontrolle, in: GA 2011, 295–311.

Maiwald, Manfred:
- Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs «erlaubtes Risiko» für die Strafrechtssystematik, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, 405–425.
- Ein alltäglicher Strafrechtsfall oder: Einige Schwierigkeiten der Fahrlässigkeitsdogmatik – OLG Celle, VRS 63 (1982), 72, in: JuS 1989, 186–190.
- Zur strafrechtlichen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung, in: Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, 465–482.

Marlie, Marcus: Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Baden-Baden 2008 (zit.: Unrecht und Beteiligung).

Matt, Holger / Renzikowski, Joachim: Strafgesetzbuch. Kommentar, München 2013 (zit.: Matt/Renzikowski-*Bearbeiter:in*).

Matthes-Wegfraß, Ines: Der Konflikt zwischen Eigenverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Rechtsprechungspraxis zum Problembereich der Selbsttötung und Selbstgefährdung, Berlin 2013 (zit.: Eigenverantwortung und Mitverantwortung)

Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz: Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 8. Aufl., Heidelberg/München 2014 (zit.: Maurach/Gössel/Zipf-*Bearbeiter:in*, AT II[8])

Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat,
- 5. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1977 (zit.: AT I[5])
- 8. Aufl., Heidelberg, 1992 (zit.: AT I[8])

Mayer, Hellmuth:
- Das Strafrecht des Deutschen Volkes, Stuttgart 1936 (zit.: Strafrecht des Deutschen Volkes).
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart/Köln, 1953 (zit.: AT).

Menrath, Marc: Die Einwilligung in ein Risiko, Berlin 2013 (zit.: Einwilligung in ein Risiko).

Merkel, Adolf: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889 (zit.: Lehrbuch).

Mezger, Edmund:
- Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, in: ZStW 52 (1932), 529–545.
- Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, Berlin 1938 (zit.: Grundriss).
- Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin/München 1949 (zit.: Lehrbuch[3]).

Mill, John Stuart: System der deduktiven und induktiven Logik. Eine Darlegung der Grundsätze der Beweislehre und der Methoden wissenschaftlicher Forschung (übersetzt von Theodor Gomperz), Band 2, in: Mill, John Stuart, Gesammelte Werke, Band 3, Leipzig 1885 (Neudruck Aalen 1968) (zit.: System der deduktiven und induktiven Logik).

Miřička, August: Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung, Leipzig 1903 (zit.: Formen der Strafschuld).

Mitsch, Wolfgang:
- Fahrlässigkeit und Straftatsystem, in: JuS 2001, 105-112.

– Fahrlässige Tötung oder fahrlässige Beihilfe zum Totschlag?, in: ZJS 2011, 128–130.
– Das erlaubte Risiko im Strafrecht, in: JuS 2018, 1161–1168.
– Literatur: Ingke Goeckenjan: Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung, in: JZ 2018, 1035–1037.

Müller, Max Ludwig: Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht, Tübingen 1912 (zit.: Kausalzusammenhang).

Münchner Kommentar zum StGB:
– hrsg. von Joecks/Miebach, Band 1: § 1–37, 3. Aufl., München 2017 (zit.: MK3-*Bearbeiter:in*).
– hrsg. von Erb/Schäfer, Band 1: § 1–37, 4. Aufl., München 2020 (zit.: MK4-*Bearbeiter:in*).

Murmann, Uwe:
– Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre, Berlin 1993 (zit.: Nebentäterschaft).
– Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2005 (zit.: Selbstverantwortung).
– Zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten und Absichten bei der Verhaltensnormkonturierung, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, Tübingen 2008, 123–140.
– Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung in: Pfaeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 767–789.
– Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl., München 2019 (zit.: GK5).

Nestler, Nina: Die objektive Zurechnung – nur eine Frage der Wahrscheinlichkeit?, in: Jura 2019, 1049–1057.

Neumann, Ulfrid:
– Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft – BGHSt 32, 38, in: JuS 1985, 677–682.
– Welzels Einfluss auf Strafrechtsdogmatik und Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, in: Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 157–177 (SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels)

Niese, Werner: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 156/157, Tübingen 1951 (zit.: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit)

Nydegger, Micha: Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: Zurechnungsfragen der Anstiftung).

Ohly Ansgar: «Volenti non fit iniuria» – die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002 (zit.: Volenti non fit iniuria).

Otto, Harro:
- Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, 91–105.
- Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973,1422, in: JuS 1974, 702–710.
- Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft, in: Jura 1987, 246-258.
- Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin/New York 1989, 157–175
- Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jura 1990, 47–50.
- Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Berlin/New York, 271–288.
- «Vorgeleistete Strafvereitelung» durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, 193–225.
- Unterbrechung des Zurechnungszusammenhanges als Problem der Verantwortungszuschreibung, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, 491–513.
- Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004 (zit.: GK[7]).
- Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, 225–245.

Pawlik, Michael:
- Strafrechtswissenschaftstheorie, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln/Berlin/München 2007, 469–495.
- Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre, Tübingen 2012 (zit.: Unrecht des Bürgers).

Peter, Bernhard: Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1984 (zit.: Mittäterschaft).

Piotet, Paul: La doctrine dite finaliste de l'infraction («finale Handlungslehre»), in: ZStrR 71 (1956), 385–414.

Pizarro, Nathalia Bautista: Das erlaubte Vertrauen im Strafrecht. Studie zu dogmatischer Funktion und Grundlegung des Vertrauensgrundsatzes im Strafrecht, Baden-Baden 2017 (zit.: Das erlaubte Vertrauen).

Praxiskommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch, hrsg. von Trechsel/Pieth, 3. Aufl., Zürich 2017 (zit.: PK^{3}-*Bearbeiter:in*).

Preuß, Wilhelm: Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin 1974 (zit.: Untersuchungen zum erlaubten Risiko).

Prittwitz, Cornelius: Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993.

Pufendorf, Samuel von:
- Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo, in: Brown Scott (Hrsg.), The classics of international law, Vol. I: A Photographic Reproduction of the Edition of 1972, with an Introduction by Hans Wehberg, a List of errata and a portrait of Pufendorf, London 1931 (zit.: Elementorum Jurisprudentiae Universalis).
- Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht. Mit des Weitberühmten JCti. Johann Nicolai Hertii, Johann Barbeyrac und anderer Hoch-Gelehrten Männern außerlesenen Anmerckungen erläutert und in die Teutsche Sprache übersetzet, Teil I, Zürich/New York 2001 (Nachdruck der Ausgabe Frankfurt a.M. 1711) (zit.: Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht).

Puppe, Ingeborg:
- Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, in: ZStW 92 (1980), 865–911.
- Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung – BGH, NJW 1982, 262, in: JuS 1982, 660–665.

– Zurechnung und Wahrscheinlichkeit – Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips, in: ZStW 95 (1983), 287–315.
– Zurechenbarkeit der Todesfolge einer Körperverletzung – BGH, Urteil vom 30.06.1982 – 2 StR 226/82 (LG Darmstadt), in: NStZ 1983, 21–24.
– Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), 595–616.
– Kausalität. Ein Versuch, kriminalistisch zu denken, in: ZStrR 106 (1990), 141–153.
– Vorsatz und Zurechnung, Heidelberg 1992.
– Verantwortlichkeit angetrunkener Kraftfahrer bei Unfällen – Anmerkung zu BayObLG, Beschluß vom 14.02.1994 – 1 St RR 222/93, in: NStZ 1997, 388–391.
– Die Lehre von der objektiven Zurechnung – dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung
  - Teil I–III, in: Jura 1997, 408–416, 513–519, 624–631.
  - Teil IV, in: Jura 1998, 21–31.
– Die Erfolgszurechnung im Strafrecht – dargestellt an Beispielfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Baden-Baden 2000 (zit.: Erfolgszurechnung).
– Der Aufbau des Verbrechens, in: Dannecker/Langer/Ranft/ Schmitz/ Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln/Berlin/München 2007, 389–402.
– Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt. Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung, in: ZIS 2007, 247–253.
– Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten. Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20. 11. 2008, in: GA 2009, 286–296.
– BGH, 11.1.2011 – 5 StR 491/10. Zur Abgrenzung an einer Selbstverletzung und Körperverletzung in mittelbarer Täterschaft, in: JZ 2011, 910–912.
– OLG Stuttgart v. 19. 4. 2011 – 2 Ss 14/11. Zur Zurechnung eines Unfallerfolges an den mittelbaren Verursacher, in: JR 2012, 163–167.
– Zu einem Zusammenstoß gehören zwei. Überlegungen zum Zusammentreffen mehrerer Sorgfaltspflichtverletzungen bei Unfällen im Straßenverkehr, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 447–463.
– Das System der objektiven Zurechnung, in: GA 2015, 203–218
– Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit.: AT[4]).

Quante, Michael: Hegels Begriff der Handlung, Stuttgart 1993.

Rabel, Ernst: Das Recht des Warenverkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Band 1, Berlin/Leipzig 1936 (zit.: Warenverkauf).

Radbruch, Gustav:
- Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Berlin 1902 (zit.: Lehre von der adäquaten Verursachung)
- Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin 1903 (zit.: Handlungsbegriff).
- Über den Schuldbegriff, in: ZStW 24 (1904), 333–348.
- Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, 158–173.

Radtke, Henning: Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, Pfaeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 831–847.

Rawls, John: Eine Theorie der Gerechtigkeit. suhrkamp taschenbuch wissenschaft, 18. Aufl., Frankfurt a.M. 2012 (zit.: Theorie der Gerechtigkeit)

Reath, Andrews: Agency and the Imputation of Consequences in Kant's Ethics, in: JRE 2 (1994), 259–281.

Reihe Alternativkommentare: Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Wassermann, Band 1: § 1–21, Neuwied 1990 (zit.: *Bearbeiter:in,* Alternativkommentar).

Rehberg, Jürg: Zur Lehre vom «Erlaubten Risiko», Diss., Zürich 1962 (zit.: Lehre vom Erlaubten Risiko)

Rengier, Rudolf:
- Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, Tübingen 1986 (zit.: Erfolgsqualifizierte Delikte).
- Kein Ende der Erfolgshaftung bei den erfolgsqualifizierten Delikten, in: Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowoda (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, Berlin 2011, 479–496.
- Sicherungspflichten und Rettungspflichten – zum «Cleanmagic-Fall» BGH, NStZ 2012, 319, in: Heger/Kelker/Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, 383–390.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 2019 (zit.: AT11).

Renzikowski, Joachim:
- Notstand und Notwehr, Berlin 1994.
- Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997 (zit.: Täterbegriff).
- Normentheorie als Brücke zwischen Strafrechtsdogmatik und Allgemeiner Rechtslehre. Zugleich eine Auseinandersetzung mit Andres Hoyer: Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, ARSP 87 (2001), 110-125.
- Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie, in: Dölling/Erb, Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2002, 3-13.
- Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, ARSP Beiheft, Stuttgart 2005, 115-137.
- Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen. Besprechung zu BGH v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (BHG HRRS 2009 Nr. 93), in: HRRS 2009, 347-354.

Reyes, Yesid: Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, in: ZStW 105 (1993), 108-136.

Riklin, Franz: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Verbrechenslehre, Zürich 2007 (zit.: AT^{3}).

Roeder, Hermann: Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, Berlin 1969 (zit.: Sozialadäquates Risiko).

Rönnau, Thomas: Grundwissen – Strafrecht: Sozialadäquanz, in: JuS 2011, 311-313.

Rössner, Dieter: Fahrlässiges Verhalten im Sport als Prüfstein der Fahrlässigkeitsdogmatik, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1999, 313-325.

Rostalski, Frauke:
- Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, in: GA 2016, 73-89.
- Zur objektiven Unmöglichkeit schuldlosen Verhaltensunrechts im Strafrecht, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normentheorie und Strafrecht, Baden-Baden 2018, 105-118 (zit.: SB Normentheorie und Strafrecht).

Rotsch, Thomas:
- «Einheitstäterschaft» statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009 (zit.: Einheitstäterschaft).

– Objektive Zurechnung bei «alternativer Kausalität»?, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin/New York 2011, 377–410

Roxin, Claus:
– Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74 (1962), 411–444.
– Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW 74 (1962), 515–561
– Literaturbericht – Allgemeiner Teil, in: ZStW 78 (1966), 214–262.
– Täterschaft und Tatherrschaft,
  - 2. Aufl., Hamburg 1967 (zit.: Täterschaft und Tatherrschaft[2]).
  - 9. Aufl., Berlin/Boston, 2015 (zit.: Täterschaft und Tatherrschaft[9]).
– Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gedächnisschrift für Gustav Radbruch, Göttingen 1968, 260–267.
– Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Kollegen, Göttingen 1970, 133–150.
– Kriminalpolitik und Straftatsystem, Berlin 1970.
– Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Lackner/Leferenz/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1973, 241–259.
– Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt?, in: Jescheck/Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29. April 1977, Berlin/New York 1977, 331-355
– Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II, Köln 1983, 303–313
– BGH, 14.2.1984 – 1 StR 808/83: Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung, in: NStZ 1984, 410-412.
– Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen – Zugleich eine Besprechung von BGH, NStZ 1987, 365 und LG Ravensburg NStZ 1987, 229, in: NStZ 1987, 345–350.
– Bemerkungen zum Regreßverbot, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1989, 177–200.
– Finalität und objektive Zurechnung, in: Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (Hrsg.), Gedächnisschrift für Armin Kaufmann, München 1989, 237–251.

– Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 1992 (zit.: AT I[1])
- 4. Aufl., München 2006 (zit.: AT I[4])
– Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003 (zit.: AT II).
– Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz, in: Karras, Festschrift für Nikolaos Konstantinos Androulakis, Athen 2003, 573–590
– Streitfragen der objektiven Zurechnung, in: Bloy/Böse/Hillenkamp (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, 715–733
– Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, in: GA 2012, 655–669.

Roxin, Claus / Greco, Luís: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Roxin/ Greco,* AT I[5]).

Rudolphi, Hans-Joachim:
– Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, 549 ff.
– Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin/ New York 1984, S. 69–84 (zit.: SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems).

Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Köln 1975 (zit.: SK[1]-*Bearbeiter:in*).

Rümelin, Max: Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90 (1900), 171–344.

Ruppert, Felix: Die Sozialadäquanz im Strafrecht. Rechtsfigur oder Mythos? Berlin 2020 (zit.: Sozialadäquanz).

Sacher, Mariana: Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, Berlin 2006 (zit.: Sonderwissen).

Samson, Erich:
– Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, Frankfurt a.M. 1972 (zit.: Hypothetische Kausalverläufe)
– Rechtliche Modelle zur Regelung des Kosten-Nutzen-Problems, in: Rohrmoser/Lindenlaub (Hrsg.), Fortschritt und Sicherheit: Symposium Hotel Schloss Fuschl Hof bei Salzburg, Österreich 25.–29. September 1979, Stuttgart 1980, 289–300 (zit.: SB Fortschritt und Sicherheit).

– Kausalitäts- und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, in: ZStW 99 (1987), 617–636.
– Strafrecht I, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1988 (zit.: Strafrecht I[7]).

Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme: Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt. Die Zuständigkeit für die Risikoquelle als Täterbegriff, Berlin 2007 (zit.: Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt).

Sauer, Dirk: Die Fahrlässigkeitsdogmatik der Strafrechtslehre und der Strafrechtsprechung, Hamburg 2003 (zit.: Fahrlässigkeitsdogmatik).

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin/Leipzig 1921 (zit.: Grundlagen des Strafrechts).

Schaffstein, Friedrich: Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, besonders bei der Beihilfe, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, dargebracht von Freunden und Kollegen, Göttingen 1970, 169–184.

Scheidegger, Nora: Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018 (zit.: Sexualstrafrecht).

Schild, Wolfgang:
– Der strafrechtsdogmatische Begriff der Zurechnung in der Rechtsphilosophie Hegels, ZphF 35 (1981), 445–476.
– Zurechnung zum Verhaltensunrecht, in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, Köln/Berlin/München 2007, 601–613.
– Tatherrschaftslehren, Frankfurt a.M. 2009.

Schladitz, Pepe: Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung, Diss. Osnabrück, Tübingen 2021 (zit.: Normtheoretische Grundlagen).

Schlehofer, Horst: Täterschaftliche Fahrlässigkeit, in: Putzke/Hardtung/Hörnle/ Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, Tübingen 2008, 355–377.

Schlüchter, Ellen: Grundfälle zur Lehre von der Kausalität,
– in: JuS 1976, 312–315, 378–382 und 518–523.
– in: JuS 1977, 104–108.

Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil – Lehrbuch, Tübingen 1970 (zit.: AT[1]).
- 2. Aufl., Tübingen 1975 (zit.: AT[2]).

– Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden? – Zugleich eine Besprechung der Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des Strafrechts von Blei, Jakobs, Jescheck, Maurach/Zipf und Maurach/Gössel/Zipf, Stratenwerth, 109–116.

Schmoller, Kurt:
– Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf. Zugleich ein Beitrag zur fahrlässigen Beteiligung, in: Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, 223–256.
– Das «tatbestandsmäßige Verhalten» im Strafrecht, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 237–258.
– Der «subjektive Tatbestand» des Fahrlässigkeitsdelikts, in: Heger/Kelker/Schramm(Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, 433–455.
– Fahrlässigkeit als «subjektive Erkennbarkeit» der Tatbestandsverwirklichung – Das Pendant zum Vorsatz, in: Böse/Schumann/Toepel (Hrsg.), Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2019, 441–455.

Schneider, Anne / Wagner, Markus: Vorwort, in: Schneider/Wagner (Hrsg.), Normtheorie und Strafrecht, Baden-Baden 2018, 5-7

Schneider, Hendrik: Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus, Berlin 2004 (zit.: Normanerkennung).

Schönke/Schröder – Kommentar zum Strafgesetzbuch: hrsg. von Lenckner/Eser u.a., 26. Aufl., München 2001 (zit.: S/S²⁶-*Bearbeiter:in*).

Schönke/Schröder – Kommentar zum Strafgesetzbuch: hrsg. von Eser, 30. Aufl., München 2019 (zit.: S/S³⁰-*Bearbeiter:in*).

Schroeder, Friedrich Christian:
– Die Anziehungskraft vorgelagerter Gliederungselemente, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, München/New York 2001, 33–43.
– Die Genesis der Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Karras, Festschrift für Nikolaos Konstantinos Androulakis, Athen 2003, 651–669.
– Der Blitz als Mordinstrument. Ein Streifzug durch 150 Jahre Strafrechtswissenschaft, Berlin 2009 (zit.: Blitz als Mordinstrument).

– Grundsätzliche Angriffe gegen die Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Joerden/Scheffler/Sinn/Wolf (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift für Andrzey J. Szwarc zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, 273-278.

Schultz, Hans: Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 1. Band: Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktion, 4. Aufl., Bern 1982 (AT4).

Schulz, Joachim: Gesetzmäßige Bedingung und kausale Erklärung. Zur Fassung der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung, in: Küper/Puppe/Tenckhoff (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin/New York 1987, 39-52.

Schumann, Heribert: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, Tübingen 1986 (zit.: Selbstverantwortung).

Schumann, Heribert / Schumann, Antje: Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?, in: Hettinger/Zopf/Hillenkamp/Köhler/Rath/Streng/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, 543-560.

Schumann, Kay: Von der sogenannten «objektiven Zurechnung» im Strafrecht, in: Jura 6/2008, 408-415.

Schünemann, Bernd:
– Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435-444.
– Neue Horizonte in der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechensaufbau, in: Grünwald/Miehe/Rudolphi/Schreiber (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen 1975, 159-176.
– Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, in: ders. (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin/New York 1984, S. 1-68 (zit.: SB Grundfragen des modernen Strafrechtssystems).
– Über die objektive Zurechnung, in: GA 1999, 207-229.

Schürer-Mohr, Wiebke: Erlaubte Risiken. Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, Frankfurt a.M. 1998 (zit.: Erlaubte Risiken).

Searle, John: Speech Acts, Cambridge 1969.

Seelmann, Kurt:
- Zurechnung als Deutung und Zuschreibung – Hegels «Recht der Objektivität», in: Hösle (Hrsg.), Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus, Hamburg 1989, 101-116 (zit.: SB Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus).
- Ebenen der Zurechnung bei Hegel, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt a.M. 2004, 85–92 (zit.: SB Zurechnung).
- Hans Welzels «sachlogische Strukturen» und die Naturrechtslehre, in: Frisch/Jakobs/Kubiciel/Pawlik/Stuckenberg (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 7–19 (SB Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Welzels).

Seelmann, Kurt / Geth, Christopher: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016.

Seher, Gerhard:
- Die objektive Zurechnung und ihre Darstellung im strafrechtlichen Gutachten, in: JURA 2001, 814–819.
- Rezension: Hübner, Christoph, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, in: GA 2006, 715–719.
- Zurechnung im Straftatbestand, unveröffentlichtes Manuskript der Habilitationsschrift, Jena 2007.
- Bestimmung und Zurechnung von Handlungen und Erfolgen, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 208–221.

Seidel, Dietmar: Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem, Berlin 1968 (zit.: Risiko in Produktion und Forschung).

Serrano González de Murillo: «Sonderwissen» des Handelnden und objektives Gefahrurteil, Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin/New York 2011, 345–360.

Spendel, Günter: Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeitsdelikt – BGHSt 11, 1, in: JuS 1964, 14–20

Sternberg-Lieben Detlev: Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997 (zit.: Schranken der Einwilligung).

St. Galler Kommentar – Die schweizerische Bundesverfassung: hrsg. von Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, Band II: Art. 94–197, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit.: *Bearbeiter:in*-SG Komm).

Stoll, Hans: Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, Tübingen 1968.

Stoss, Carl:
- Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates, September 1893, Bern 1893 (zit.: Motive).
- Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1899 (zit.: Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission).

Strasser, Fedor: Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerfällen im Strafrecht, Berlin 2008.

Stratenwerth Günter:
- Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, in: Bockelmann/Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen 1961, 383–400.
- Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, in: ZStrR 79 (1963), 233–256.
- Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweizerische Strafrecht: in: ZStrR 81 (1965), 179–209.
- Strafrecht, Allgemeiner Teil I. Die Straftat, Köln/Berlin/Bonn/München 1971 (zit.: AT[1], N. ...).
  - 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1976 (zit.: AT[2], N. ...).
- Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Lackner/Leferenz/Schmidt/Welp/Wolff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1973, 227–239.
- Nachruf Hans Welzel, in: JZ 1977, 530.
- Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Vogler (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Berlin 1985, 285–302.
- Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1982 (AT I[1]).
  - 4. Aufl., Bern 2011 (AT I[4]).
- Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, in: Pfaeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, 1017–1023.

– Zur Einwilligung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Queloz/Niggli/Riedo (Hrsg.), Droit pénal et diversités culturelles, Genf/Zürich/Basel 2012, 363–373.

Stratenwerth Günter / Jenny Guido / Bommer Felix: Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl., Bern 2010 (zit.: BT I[7]).

Stratenwerth, Günter / Kuhlen, Lothar: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat, 6. Aufl., München 2011 (AT[6]).

Stratenwerth, Günter / Wohlers, Wolfgang: Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit.: Stratenwerth/Wohlers[3]).

Struensee, Eberhard:
– Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, in: JZ 1987, 53–63.
– Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, in: GA 1987, 97–105.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch:
– hrsg. von Rudolphi/Horn/Samson, Band I: Allgemeiner Teil §§ 1–37,
  - 1. Aufl., Köln 1975 (zit.: SK[1]-*Bearbeiter:in*).
  - 6. Aufl. (26. Lieferung), Köln 1997 (zit.: SK[6]-*Bearbeiter:in*).
– hrsg. von Wolter, Band I: §§ 1–37,
  - 9. Aufl., Köln 2017 (zit.: SK[9]-*Bearbeiter:in*).

Temme, Jodocus Deodatus Hubertus:
– Lehrbuch des preußischen Strafrechts, Berlin 1853.
– Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts nach den Strafgesetzbüchern der Schweiz, Aarau 1855.

Tenthoff, Christian: Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008 (zit.: Tötung auf Verlangen).

Timpe, Gerhard:
– Übungsfall: Das Autorennen, in: ZJS 2009, 170–180.
– Überbedingte Erfolge, in: JR 2017, 58–68.

Torp, Carl: Die Lehre von der rechtswidrigen Handlung in der nordischen Rechtswissenschaft, in: ZStW 23 (1903), 84–105.

Traeger, Ludwig: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904 (zit.: Kausalbegriff).

Trechsel Stefan / Noll Peter / Pieth Mark: Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. Aufl., Zürich 2017 (zit.: AT[7]).

Trieffterer, Otto:
- Die «objektive Voraussehbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs» – unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?, in: Arthur Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, München 1979, 201–224.
- Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung, in: Kohlmann (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II: Strafrecht, Prozeßrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht, Köln 1983, 419–444.

Tschichoflos, Ursula: Die Begründung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit durch Übernahmeverschulden – insbesondere im Straßenverkehr, Tübingen 1998 (zit.: Übernahmeverschulden).

Ulsenheimer, Klaus: Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, in: JZ 1969, 364–369.

Vogel, Joachim: Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993 (zit.: Norm und Pflicht).

Vogler, Patrick:
- Der Schockschaden im Strafrecht, Diss. Luzern, Zürich 2020.
- Objektive Zurechnung im Jugendstrafrecht, AJP 2020, 739–749.

Vormbaum, Thomas: Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 4. Aufl., Berlin 2019 (zit.: Strafrechtsgeschichte).

Walder, Hans:
- Probleme bei Fahrlässigkeitsdelikten, in: ZBJV 104 (1968), 161–189.
- Kausalität im Strafrecht, in: ZStrR 93 (1977), 113–163.

Walther, Susanne:
- Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortlichkeitsbereiche von Täter und «Opfer» bei riskantem Zusammenwirken, Freiburg i.Br. 1991 (zit.: Eigenverantwortlichkeit).
- Wo beginnt die Strafbarkeit desjenigen, der irrtümlich eine «irrtümliche» Selbstgefährdung ermöglicht? Anmerkung zu BGH 1 StR 518/08 v. 29. April 2009 (HRRS 2009 Nr. 482); zugleich zur Reichweite von BGHSt 32, 262 und zur Einschränkung bei der Überlassung von Drogen, in: HRRS 2009, 560–564.

Weigend, Thomas:
- Grenzen strafbarer Beihilfe, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Haruo Nishihara, Baden-Baden 1998, 197 ff.
- Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Dölling/Erb, Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2002, 129–144.

Wehrle, Stefan: Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regressverbot?, Basel/Frankfurt a.M. 1986 (zit.: Regressverbot).

Weissenberger Philippe: Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996 (zit.: Einwilligung des Verletzten).

Welzel, Hans:
- Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Diss. Jena 1928, Neudruck Berlin 1958 (zit.: Naturrechtslehre).
- Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), S. 703–720.
- Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 491–566.
- Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Aufl., Berlin 1944 (zit.: Grundzüge[3]).
- Um die Finale Handlungslehre, Tübingen 1949.
- Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen 1951 (zit.: Bild des Strafrechtssystems[1]),
  - 2. Aufl., Göttingen 1952 (zit.: Bild des Strafrechtssystems[2]).
  - 4. Aufl., Göttingen 1961 (zit.: Bild des Strafrechtssystems[4]).
- Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, Karlsruhe 1961 (zit.: Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte).
- Das Deutsche Strafrecht,
  - 9. Aufl., Berlin 1965 (zit.: Strafrecht[9]).
  - 11. Aufl., Berlin 1969 (zit.: Strafrecht[11]).

Wessels, Johannes: Entscheidungen: Strafrecht. Wehrrecht, in: JZ 1967, 449–453.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut: Strafrecht. Allgemeiner Teil, 49. Aufl., Heidelberg 2019 (zit.: Wessels/Beulke/Satzger[49]).

Wolf, Joseph Georg: Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962.

Wolter, Jürgen:
- Adäquanz- und Relevanztheorie. Zugleich ein Beitrag zur objektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: GA 1977, 257–274.
- Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin 1981 (zit.: Objektive und personale Zurechnung).

– Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum «Risikoprinzip» von Claus Roxin und zur «Wesentlichkeit» von Kausalabweichungen, in: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, Heidelberg 1995, 3–24.

Yamanaka, Keiichi: Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, in: ZStW 102 (1990), 928–951.

Zaczyk, Rainer: Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberg 1993 (zit.: Selbstverantwortung).

Zielinski, Diethart: Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlin 1973 (zit.: Handlungs- und Erfolgsunwert).

Zimmerl, Leopold: Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, in: ZStW 49 (1929), 39–54.

Zurkinden, Nadine: Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko, in: recht 2016, 144–156.

Materialienverzeichnis

Botschaft 1998: Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 II 1979–2417.

Beratungen Expertenkommission 1896: Schweizerisches Strafrecht. Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, I. Band. Allgemeiner Teil (Erste Lesung). Besonderer Teil: Verbrechen gegen Leib und Leben und gegen das Vermögen (Erste Lesung), Bern 1896.

International Air Transport Association, *Fact Sheet Safety*

Vorentwurf StGB 1896: Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission – Avant-projet de code pénal suisse modifié d'après les décisions de la commission d'experts, Bern 1986.

Über den Autor:
Nicolas Leu hat Rechtswissenschaft an den Universitäten Bern und Bergen studiert. Anschliessend war er als wissenschaftlicher Assistent und später auch wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Universitäten Bern und Luzern tätig. Im Jahr 2020 promovierte er an der Universität Bern. Seit Sommer 2021 ist er als Jurist beim Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD tätig.

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern hat vorliegende Arbeit am 10. Dezember 2020 auf Antrag von Prof. Dr. Marianne Johanna Lehmkuhl (Erstgutachterin) und Prof. Dr. Martino Mona (Zweitgutachter) als Dissertation angenommen und mit dem Prädikat *summa cum laude* versehen.

sui generis ist ein Verein, der sich der Förderung des freien Zugangs zu juristischer Literatur, Gerichtsurteilen, Behördenentscheidungen und Gesetzesmaterialien verschrieben hat. Unter dem Label *sui generis* erscheint seit 2014 eine juristische Open-Access-Fachzeitschrift. 2019 erfolgte die Gründung des *sui generis* Verlags.

In der *sui generis* Reihe werden juristische Dissertationen und Habilitationen sowie Lehrbücher und Fachpublikationen einem breiten Publikum zugänglich gemacht. Die Bücher erscheinen als gedruckte Werke und online. Die digitale Version ist weltweit kostenlos zugänglich (Open Access). Die Urheberrechte verbleiben bei den AutorInnen; die Werke werden unter einer Creative-Commons-Lizenz veröffentlicht.

Bisher bei *sui generis* erschienen:

031 – Martin Klingler: **Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren**
030 – Christoph Mettler: **Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess**
029 – Simone Walser / Nora Markwalder / Martin Killias: **Tötungsdelikte in der Schweiz von 1990 bis 2014**
028 – APARIUZ XXIII: **Recht in der Krise**
027 – Maja Łysienia: **Seeking Convergence?**
026 – Marc Thommen: **Introduction to Swiss Law** (2nd edition, 2022)
025 – Severin Meier: **Indeterminacy of International Law?**
024 – Marina Piolino: **Die Staatsunabhängigkeit der Medien**
023 – Reto Pfeiffer: **Vertragliche Rechtsfolge der «Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen» (Artikel 8 UWG)**
022 – Nicole Roth: **Miteigentum an Grundstücken und einfache Gesellschaft**
021 – Roger Plattner: **Digitales Verwaltungshandeln**
020 – Raphaël Marlétaz: **L'harmonisation des lois cantonales d'aide sociale**
019 – APARIUZ XXII: **Unter Gleichen**
018 – Kristin Hoffmann: **Kooperative Raumplanung: Handlungsformen und Verfahren**
017 – Monika Pfyffer von Altishofen: **Ablehnungs- und Umsetzungsraten von Organtransplantationen**
016 – Valentin Botteron: **Le contrôle des concentrations d'entreprises**
015 – Frédéric Erard: **Le secret médical**
014 – Stephan Bernard: **Was ist Strafverteidigung?**

013 – Emanuel Bittel: **Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht**
012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber: **Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht**
011 – Lorenz Raess: **Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration**
010 – David Henseler: **Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private**
009 – Dominik Elser: **Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben**

Die Bücher 001 – 008 sind im *Carl Grossmann Verlag* erschienen.

Dieses Werk ist erschienen in der Reihe sui generis,
herausgegeben von Marc Thommen.

1. Auflage 15. November 2022

Abdruck der von der Rechtswissenschaflichen Fakultät der Universität Bern genehmigten Dissertation.



Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

ISBN: 978-3-907297-32-2
DOI: 10.38107/032
Korrektorat: Christoph Meyer
Gestaltung: Müller+Hess, Basel
Druck: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

032

KRITIK DER ZURECHNUN

Im deutschen Schrifttum hat sich die Lehre der objektiven Zurechnung längst als herrschende Meinung durchgesetzt. In der Schweiz hat sie Eingang in die Literatur gefunden und ist bereits in die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Fahrlässigkeitsdelikt eingeflossen.

Kritische Stimmen weisen jedoch darauf hin, dass der Diskussionsstand durch eine Vielzahl verschiedener, teilweise nur marginal abweichender Lösungsansätzen geprägt sei. Ein Blick in die Literatur zeigt tatsächlich, dass viele wesentliche Fragen, wie etwa die Existenzberechtigung einzelner Zurechnungsgesichtspunkte, auch heute noch umstritten sind.

In der vorliegenden Dissertation unterzieht Nicolas Leu die objektive Zurechnung daher einer umfassenden und kritischen Überprüfung, die auch das Straftatsystem mitberücksichtigt, in das die objektive Zurechnung eingebettet ist.

sui generis
ISBN 978-3-907297-32-2
DOI 10.38107/032